

R.D. 135944

6

TE

1109

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5312297574

**"CRITERIOS DE CRIMINALIZACION Y
DESCRIMINALIZACION"**

MARIA CRUZ CAMACHO BRINDIS

**DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL:
DR. D. LUIS RODRIGUEZ RAMOS**

1992



Agradezco a DIOS,
porque me permitió
terminar esta Tesis.

Al DR. D. LUIS RODRIGUEZ RAMOS,
mi eterno agradecimiento, por haberme
orientado en la realización de este
trabajo.

A MI MADRE,
ALICIA BRINDIS VDA. DE CAMACHO,
mi agradecimiento por las palabras
alentadoras que siempre me ha dado.

A MI PADRE,
JUSTO CAMACHO HERNANDEZ,
de quien conservo un dulce
recuerdo.

"CRITERIOS DE CRIMINALIZACION Y DESCriminalIZACION".

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
EL PROCESO CRIMINALIZACION Y DESCriminalIZACION.	
1. Realidad social y función punitiva	8
1.1. El sistema penal en su contexto social	8
1.2. La función punitiva	12
1.2.1. El fundamento constitucional	21
1.2.1.1. El principio de intervención penal mínima	27
1.2.1.2. Otros principios limitadores de la actividad penal	37
2. Realidad social y protección de bienes jurídicos	41
2.1. Variaciones que se producen dentro del sistema de bienes	49
3. Proceso Criminalización - Descriminalización	56
3.1. Criminalización legal	56
3.1.1. Criterios en la elaboración del contenido de las normas penales. Tipos y magnitud de las penas	74
3.1.2. Algunos aspectos importantes del Anteproyecto de Código Penal de 1992	102
3.2. Descriminalización legal (de iure)	115
3.2.1. El impacto legal sobre el derecho civil o administrativo	135
3.2.2. El impacto sobre otros sistemas sociales	148
3.3. Descriminalización de facto	154
4. Equilibrio entre libertad y represión en el proceso criminalización - descriminalización	173
4.1. Razones para criminalizar - descriminalizar	174
4.2. Obstáculos para criminalizar - descriminalizar	175
4.3. Capacidad del sistema penal y el costo del delito	180
4.4. Consideraciones de política criminal	183

CAPITULO II

EL PROCESO CRIMINALIZACION - DESCRIMINALIZACION EN LA REINCIDENCIA. EN EL DELITO IMPOSIBLE (TENTATIVA INIDONEA) Y EN LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE.

	Página
1. Descriminalizacion Legal : Reincidencia	192
1.1. Concepto	192
1.2. El fundamento de la reincidencia	202
1.2.1. El fundamento de la agravante radica en la mayor peligrosidad del autor	203
1.2.2. El fundamento de la agravante es la mayor culpabilidad por la conducta de vida o por el acto aislado	208
1.2.3. Orientación del reincidente por el camino de la medida de seguridad	211
1.3. Observaciones críticas	213
1.4. El fracaso de la figura de la reincidencia y el fracaso de la prisión	217
1.5. Cuestionamiento a la legitimación del Estado en la reincidencia	221
1.5.1. Principios delimitadores	221
1.5.2. Condena ejecutoria y cancelación de antecedentes	227
1.5.3. Culpabilidad por el hecho	232
1.6. Otras legislaciones	243
1.7. Observación final	244
2. Descriminalización legal: Delito imposible - tentativa inidónea	246
2.1. Cuestiones previas	246
2.2. Alemania	248
2.3. España	251
2.4. Países latinoamericanos	254
2.4.1. México	256
2.5. Reflexión final	261
3. Criminalización legal: Protección penal del ambiente	267
3.1. La necesidad de proteger penalmente el ambiente	269
3.1.1. Etiología ambiental	271
3.2. Límites en la protección penal del ambiente	275
3.3. Antecedentes legislativos	278

	Página
3.4. La reforma parcial y urgente de 1983. Art. 347 Bis del Código Penal Español	282
3.5. El ambiente	292
3.6. Criterios generales en la elaboración de normas jurídico penales protectoras del ambiente	295
3.6.1. Conceptualización del bien jurídico. Sectores que lo integran y agresiones ambientales	295
3.7. La norma jurídico penal protectora del ambiente. Su contenido	311
3.7.1. Naturaleza auxiliar o secundaria	311
3.7.2. Norma penal en blanco	312
3.7.3. Non bis in idem	322
3.7.4. Tipos de peligro	325
3.7.5. Autores	333
3.7.5.1. Persona jurídica	334
3.7.5.2. Funcionarios públicos	339
3.7.6. Dolo y Culpa	340
3.7.7. Responsabilidad civil	343
3.7.8. Reacciones estatales y multa	345
3.8. Ubicación legislativa de la problemática	347
3.9. Criminalización legal de Conductas atentatorias del Ambiente. Criterios de elaboración. Una propuesta	350
3.10. Anteproyecto de Código Penal de 1992	366
3.11. Hacia una descriminalización de hecho	378
3.12. La protección penal del ambiente en México	380
CONCLUSIONES	393
BIBLIOGRAFIA	403

INTRODUCCION

"CRITERIOS DE CRIMINALIZACION Y DESCRIMINALIZACION" es el título de esta Tesis elaborada con el fin de obtener el grado de Doctora en Derecho. Su realización fue posible gracias a la valiosa dirección del Doctor Don Luis Rodríguez Ramos.

El objeto de conocimiento de este estudio es cuestionar el contenido de la norma penal a través del análisis de los mecanismos idóneos para reducir la inflación legislativa, como son los recursos que simplifican y descriminalizan, al tiempo que definen la creación de esa norma penal, en el marco de las principales medidas conducentes a una reforma fundamental del Derecho Penal y de la administración de justicia que aseguren que la sanción penal bien puede ser evitada allí donde no se afectan condiciones vitales de convivencia social, garantizando que la libertad individual sólo será afectada en caso absolutamente necesario. Es así como el objeto de conocimiento lo constituyen las pautas que en materia de delimitación de lo punible ha de seguir el Legislador, por ello se estudia tal labor y cambios legislativos, en concreto, que amolden el derecho a la vida social, a través de la inclusión o exclusión de contenidos normativos en un Código Penal.

Este análisis intenta mostrar que hay regulaciones penales que no

siempre tienen sentido en el mundo social, de allí que se intente demostrar que, la estrategia del proceso de la criminalización significa dirigir los mecanismos de la reacción institucional hacia la criminalidad más grave, la que atenta contra los más valiosos intereses. La estrategia del proceso de la descriminalización supone la sustitución de las sanciones penales por formas de control no estigmatizantes: una apertura de mayores espacios de aceptación social. Razón por la que se inscribe en el marco de aquellos estudios que buscan opciones legislativas acerca del contenido de futuras normas penales en un sistema jurídico, que precisamente tenga sentido en el mundo social y, que tenga como eje definitorio, el respeto a la libertad individual. Esta es la idea que orienta este trabajo y que al final demuestra la necesidad de su implementación.

Este análisis se ubica en la actividad legislativa penal. Se apoya principalmente en la normativa española y, cuando es necesario, en otras regulaciones. Busca comprender mejor una situación problemática e intenta ofrecer una opción lo más satisfactoria posible.

Es sólo un mínimo intento, una modesta aproximación, el tema no se agota, pues siempre es de actualidad.

Se examinan en el primer capítulo los principales lineamientos teóricos explicativos del proceso Criminalización - Descriminalización. Se centra la atención en la función punitiva y se resalta la finalidad que cumple en la realidad social en tanto reconocimiento de bienes jurídicos; se trata el fundamento Constitucional que ofrece los contenidos suficientes

para implementar acciones legislativas concretas, lo que supone la presencia de principios delimitadores que deben orientar la actividad legislativa penal. En este marco de ideas se ofrecen conceptualizaciones del proceso Criminalización - Descriminalización y se evalúa su implementación. Se intenta así, cumplir con un objetivo de este trabajo, que es reflexionar en la elaboración del contenido de normas penales.

En el segundo capítulo se hace necesario vincular el objeto de conocimiento, esto es el proceso Criminalización - Descriminalización de las normas, con tres figuras tomadas de la Parte General y de la Parte Especial del Código Penal: la reincidencia, la tentativa inidónea y la protección penal del ambiente. Esta vinculación sólo es un punto de referencia para contrastar los criterios generales de este proceso, y las convierte a su vez, también en objetos de conocimiento y se discute el contenido o los contenidos que las conforman y, con base en sus aspectos particulares, se hace un balance sobre su necesaria exclusión o inclusión del catálogo punitivo, a la manera de criterios delimitadores que sirvan como propuesta para enfrentar, en alguna medida, los problemas que representan.

Se seleccionaron las figuras de reincidencia y tentativa inidónea (delito imposible), como ejemplos de figuras que deben ser descriminalizadas legalmente, ello por la preocupación constante de que la vía idónea para enfrentarlas no es la exasperación penal, sino un derecho justo y racional. Se seleccionó como ejemplo de criminalización legal la figura de la protección penal del ambiente, por lo que de

significativo tiene la creciente degradación a la que se haya expuesto. Se seleccionaron estos ejemplos porque los textos legales que sirven para construir una norma penal, para crearla o para desaparecerla, están dados tanto en la parte especial como en la parte general del Código Penal. El proceso Criminalización - Descriminalización debe estar presente no sólo en los delitos sino en las reglas de contenido general.

En cuanto a la reincidencia se analizan sus aspectos, se cuestiona la justificación del Estado al contemplarla como agravante y se observa que el contenido de la pena que se implemente ha de suscribirse en el marco de una política criminal que se mueva, en primer lugar, dentro de los límites del principio de culpabilidad por el nuevo hecho cometido. En relación a la punibilidad para la tentativa inidónea (delito imposible) se presenta la polémica que crea y se propone una solución en el marco del Estado de Derecho. Por lo que toca a la protección penal del Ambiente, después del análisis correspondiente, se presenta una propuesta de regulación.

Este estudio -como ya se apuntó- no pretende agotar los criterios para criminalizar o descriminalizar, es sólo parte de ese proceso que es más vasto y complejo. No pretende un cambio total en el hombre, ni construir una nueva sociedad y, aunque la investigación es de propósitos modestos, sí tiene como idea demostrar que: si el Derecho Penal no logra expresar en la norma las expectativas de comportamiento en la vida social, entonces falla a su misión. Más aún, para que esas normas sean legítimas es necesario entenderlas como sectores de la realidad social y

describir en ellas la antisocialidad tal y como se lleva a cabo, delimitando lo punible en el marco de un sistema de justicia penal social y democrático. Esto es lo que se intenta demostrar a lo largo de este trabajo.

Por último, se presentan las conclusiones, que pretenden ser, sin agotarla, parte de la reflexión.

En cuanto a las fuentes de información que se han analizado, se trata de un material legislativo, de jurisprudencia y doctrinario, que integra la materia prima del tema en cuestión y que encierra muchas afirmaciones necesarias para clarificar el problema planteado, pero que al mismo tiempo refleja, en algunos aspectos, que aún no existe acuerdo total en la forma de ver los problemas de tipo social. Fueron seleccionadas estas fuentes tomando en cuenta su contenido innovador y, en la medida de lo posible, su reciente creación.

Por todo lo expuesto se entenderá que la elección de este tema fue motivada por los cambios vertiginosos que impone la realidad social y que mueve a la actividad legislativa y a la ciencia jurídico penal en las postrimerías del presente milenio y en los años por venir. "CRITERIOS DE CRIMINALIZACION Y DESCriminalIZACION", es un análisis sencillo, pero que quiere, mínimamente, participar en este movimiento como una necesidad ineludible para quien esto escribe.

Las argumentaciones contenidas se elaboran desde la perspectiva derivada de un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde las normas penales y su concreción se basan en la tutela efectiva de bienes de interés social que existen legitimando la actividad jurídico penal.

MARIA CRUZ CAMACHO BRINDIS.
1992

CAPITULO I

EL PROCESO CRIMINALIZACION Y DESCRIMINALIZACION

CAPITULO I

EL PROCESO CRIMINALIZACION Y DESCRIMINALIZACION.

1. REALIDAD SOCIAL Y FUNCION PUNITIVA.

1.1 EL SISTEMA PENAL EN SU CONTEXTO SOCIAL.

Organizado por una alta división del trabajo y un estilo peculiar de punición, en el que la escala de gravedad desempeña un papel dominante, el sistema penal irrumpe como el más severo de los medios de control social: "El sistema de justicia penal es sólo una parte secundaria de los mecanismos que actúan en la sociedad para el control del delito, el comportamiento y las situaciones indeseables" (1).

Cuando fallan las instancias informales entran en juego las instancias formales de control que reproducen las mismas exigencias de poder que las informales pero de manera coercitiva. Una vez que el individuo traspasa el límite marcado entre las instancias informales y formales, los castigos dejan de ser de tipo social para entrar en el ámbito jurisdiccional. Y a partir de la presencia de la instancia policial, el individuo se encuentra revestido de un nuevo status social: "el de desviado, inadaptado, antisocial, delincuente o peligroso"... para el control formal no es lo mismo tratar con figuras valoradas por la autoridad que conlleva un poder económico, político y/o científico que

(1) CONSEJO DE EUROPA. Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad, Tr. Clafardini, Mariano Alberto y Bondanza, Mirta Lilián. Argentina, Ed. EDIAR, 1987. pág. 32.

con figuras sometidas a alguna instancia informal con carencia de poder (mujeres, jóvenes, no propietarios y/o incultos)" (2).

Los poderosos criminalizan la desigualdad o la discrepancia social al crear, aplicar y ejecutar normas penales: "La configuración de las instancias penales se ha realizado en base a la tutela de los intereses concretos de unos sectores sociales -los que constituyen las clases dominantes- aunque ideológicamente se trate de identificarlos con los intereses de la sociedad en abstracto" (3).

Dentro del concepto Sistema Penal se incluye:

1. El Derecho Penal.
2. Existencia de organismos estatales en sus relaciones mutuas (policía, tribunales, fiscal, administración carcelaria, Ministerio de Justicia, legisladores) y su concepto de delito y delincuencia.
3. Relación de estos organismos con los medios de comunicación.
4. La estructura de poder dentro de esos organismos.

En este sistema se presta una atención insuficiente a los problemas personales y sociales del autor, se centra la atención en su hecho y se olvidan medidas preventivas. Por ejemplo, la seguridad en los caminos, que no es más que interacción entre conductor, camino y automóvil.

Los efectos del sistema penal son:

-
- (2) MIRALLES, Teresa, El pensamiento criminológico II. Estado y Control, Barcelona, Ediciones Península, 1983, pág. 37.
 - (3) DE SOLA DUEÑAS, Ángel, El pensamiento Criminológico II. Estado y Control, Barcelona, Ediciones Península, 1983, pág. 245.

1. Castigo y sufrimiento. Esto implica no sólo efectos en el autor sino en su familia y ello no es controlable por el sistema penal. Hasta cierto punto el sistema penal puede controlar la extensión y naturaleza de la sanción legal, mientras que las consecuencias de dicha sanción -en términos de una estigmatización frecuentemente prolongada y hasta definitiva por parte de importantes sectores de la sociedad- está más allá de su control (4). Este efecto se deja notar en la pena privativa de libertad, de ahí que se requiera una restricción al máximo de ella.

2. La desigualdad social ocasionada por el sistema penal. La estigmatización producida por las sentencias penales y el aumento de sanciones provoca una marcada desigualdad social.

Lo cierto es que el Sistema Penal no responde a la realidad social porque o está desprovisto de los medios para solucionar problemas sociales o porque el sistema penal es un problema social en sí mismo. Lo único verdadero es la necesidad de disminuir la coacción, la estigmatización y la desigualdad social, dando su lugar a la libertad y dignidad humanas, sin perpetuar los tipos tradicionales de lo que considera delito. Debe por tanto disminuirse en la sociedad la inquietud y el descontento por la comisión delictiva.

Lo anterior se logra en el marco de otros sistemas sociales que, en ciertas condiciones, influyen en los comportamientos y resuelven los conflictos, de allí que se afirme que el sistema penal no es absoluto: "es un requisito de la justicia que los medios utilizados para lograr estos objetivos sean sanciones que no interfieran en la libertad individual más

(4) Vid. CONSEJO DE EUROPA, Ob. cit., pág. 32.

allá de lo necesario para el interés público y que impongan la menor carga posible a la comunidad" (5). Esto debe tomarse en cuenta en las decisiones de inclusión, exclusión o modificación de la correspondiente prohibición penal.

En contraste se habla de una especie de pánico en relación al llamado auge delictivo, los programas políticos ofrecen fuertes medidas represivas y casi nunca preventivas. De ahí que sobre todo en épocas de crisis económica y social, la represión penal se intensifique frente a las manifestaciones de disenso, sin necesidad de plantearse previamente las causas de los desajustes sociales y las posibles vías para su reacción (6). Con ello se agudizan, aún más, las situaciones de desequilibrio y se cierran así las posibilidades de una política social. Se desatiende la criminalidad que afecta la consolidación del sistema como delitos económicos, corrupción y abusos de poder, lo que puede ser un serio impedimento para el bienestar de la sociedad, objetivo declarado de la mayoría de las políticas sociales.

El perfeccionamiento es la meta, Hulsman ya lo indicó: "... lo más emergente sería mejorar el sistema penal, perfeccionar los programas de prevención, sustituir por otras las medidas privativas de la libertad y modificar el régimen penitenciario" (7).

(5) Ibidem, pág. 35.

(6) Vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, Ob. cit., pág. 248.

(7) L.H.C. HULSMAN, citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso", Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1981, pág. 354.

1.2 LA FUNCION PUNITIVA.

Los límites al Ius Puniendi -derecho que tiene el Estado a castigar- sólo pueden encontrar sede dentro de los márgenes del Estado de Derecho y del Estado Democrático porque se trata de encontrar unos límites que no supongan enajenar la personalidad de los ciudadanos a los que se debe y debe su razón de ser. Un sistema abierto y de apertura como indica Bustos Ramírez: "Cuando hablamos de Estado Democrático nos estamos refiriendo a todo aquel que no aparece exclusivamente reducido a su aspecto coactivo puro, sino que por ello mismo aparece como un sistema abierto y en constante proceso de apertura. No a una democracia total y perfecta, aún utópica" (8). Entendiendo, por tanto, el Estado Democrático como aquél que, en un proceso constante de apertura, va reduciendo la coerción al mínimo indispensable. Por eso cuando el Estado decide incriminar una conducta debe individualizar el bien jurídico, objeto de protección de la norma, que denote la libertad que el Estado Democrático reconoce frente a su poder sancionatorio en la realidad concreta. El bien jurídico impone la revisión del ordenamiento penal y puede generar la demanda social y la decisión estatal de introducir o excluir conductas que correspondan o no a la protección de bienes jurídicos en el Estado Democrático, así como a replantearse el sentido y alcance de un precepto penal. Como ejemplo está el proceso de descriminalización del adulterio en España que surge con la apertura democrática, revelando la posición de sometimiento de la mujer respecto

(8) BUSTOS RAMIREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pág. 79.

del hombre en la relación social e hizo exigible la reforma penal. Al mismo tiempo la apertura democrática mostró la necesidad de protección de otros bienes jurídicos como el patrimonio artístico y el medio ambiente que son necesidades reales.

Una vez definido el bien jurídico y protegido en una norma, el Estado ejerce una función represiva, tendiente a conseguir que la norma sea respetada. Esta función actúa sobre la generalidad persuadiéndola de abstenerse de infringir la norma penal en cuestión, todo ello para restablecer el equilibrio social, como anota Maihofer al definir la función de las normas jurídicas: "normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, estimulan al comportamiento jurídico e impiden el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido" (9). Por consiguiente, el Derecho Penal, como instrumento de control social es la última instancia que tiene el poder social, democráticamente legitimado, para dirimir los conflictos que entrañen grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos universales y fundamentales para el individuo y la comunidad, una vez superadas las funciones de orden, planificación y supervisión del hecho punible (10). Si la función es represiva, intimidatoria, las normas

(9) MAIHOFFER, Werner, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, en Jahrbuch für Rechtssoziologie, I, 1970, p. 27. Citado por MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, " El principio de intervención penal mínima", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, enero-abril 1987, Tomo XL, fasc. I, pág. 118.

(10) Vid. REHBINDER, Manfred, Sociología del Derecho, Tr. Gregorio Robles Morchón, Ed. Pirámide, Madrid, 1981, págs. 158 y sgts.

que pretenden alcanzarla han de considerar las siguientes condiciones (11):

- a) La naturaleza comunitaria de los bienes e intereses que se tutelan.
- b) Las relaciones que regula.
- c) La necesidad de salvaguardar la paz pública que corresponde al Derecho Penal.
- d) Sólo el Estado tiene la facultad de crear estas normas jurídicas que definen delitos y conminan sanciones.
- e) La acción tendente a la persecución de los delitos y faltas es pública, aun en los casos en que debe ser instada previamente por los particulares.

Muñoz Conde respecto a la elaboración de normas penales menciona que el orden jurídico, cuyo titular es el Estado, se representa como un medio de represión del individuo, un medio violento, justificado por la necesidad de implementarlo para posibilitar la convivencia. Además considera que el Orden jurídico y el Estado son un reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de regular la convivencia de forma organizada y pacífica (12).

Y al ser ésta una función de protección e intimidación, la pregunta surge ¿por qué tiene el Estado la facultad de intimidar y cuál es el ámbito de lo punible? Es decir hay que fijar ciertos límites a la competencia del

-
- (11) Vid. SAINZ CANTERO, José A., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 35 y sgts.
 - (12) MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985. págs. 21 a 28.

Estado en cuanto a la interferencia en la vida de las personas.

La sanción es un instrumento de aseguramiento del Estado, la reafirmación de su existencia y una necesidad para su subsistencia (13).

Es represión y control manifiestos en la especificación de determinadas relaciones concretas que aparecen desvaloradas por el propio Estado (14), en cuanto son recogidas por las figuras que establecen las leyes penales conforme a los fines del Estado; es lo que impone la desviación, lo que habría que ver es hasta qué punto los individuos internalizan la voluntad legislativa. La pena es autoconstatación del Estado. Por eso se coincide con Bustos Ramírez: "la pena es autoconstatación del Estado, no surge un fin, sino una función. Tal función, no es otra que la de proteger bienes jurídicos. Es cuestionable qué bienes jurídicos sean los protegidos... lo único claramente cierto es que el Estado protege sus bienes jurídicos" (15).

De allí que deba sostenerse que las normas penales son la última ratio, que la protección penal es subsidiaria, que se trata de descriminalizar más que criminalizar porque, a pesar de que la sanción penal sea una autoconstatación del Estado, bien puede ser evitada allí en donde no se afecten condiciones vitales de convivencia social, garantizando que la libertad individual sólo será afectada en caso absolutamente necesario y sólo puede respetarse al individuo en una

(13) Por eso mismo y, a pesar de todas las declaraciones, son los delitos contra el Estado los más numerosos y los más graves. Al respecto véase Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, pág. 81.

(14) No se pierda de vista que cada país tiene una peculiar libertad política.

(15) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *"Control Social y Sistema Penal"* Cit. pág. 87.

sociedad libre e igualitaria, allí donde el concepto de desviación pierde su carácter estigmatizante, pero en una sociedad desigual esto no es así porque es la sociedad desigual la que teme y reprime lo diverso, puesto que, reprimir lo diverso es indispensable para conservar la desigualdad, mientras más desigual es una sociedad más pesa la inflación de las definiciones negativas de desviación (16).

Bien puede configurarse la actividad estatal: como un camino que va a la democratización y trata de impedir la desigualdad social, lo que supone revisiones críticas removiendo mitos que lo impidan (17), sin embargo, el ejercicio del poder puede ser ilimitado, porque no se frena a sí mismo, es cuando la sociedad juega el papel más importante ya que sólo los frenos sociales, es decir los límites extrapoder, pueden llegar a ser capaces de contener la tendencia expansiva y cualitativa del Estado que, a toda costa pretende ser un ser en sí y para sí (18). Esta idea debe defenderse porque lo único que puede llegar y debe llegar a los destinatarios de las normas penales es la propia seriedad del sistema penal. Y ésto sólo puede lograrse en el Estado Democrático porque la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, un proceso constante de

(16) Respecto a este punto véase BARATTA, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Tr. Álvaro Búnster, México, Ed. Siglo Veintiuno, 1986, pág. 221.

(17) Como el movimiento ecológico que pretende liberar a la naturaleza de su yugo actual.

(18) Vid. QUERALT, JOAN J., "De algunas bases del Derecho Penal español", Anuario de Derecho Penal, Tomo 38, fasc. III, sep-dic. 1985, Madrid, pág. 310.

apertura que va reduciendo la coerción al mínimo indispensable (19). Como se ve no se trata de desconocer la presencia del Estado, ya lo plantearon Maurach y Zipf quienes afirman que una sociedad que renunciara al poder penal estaría renunciando a su propia existencia (20). Se trata de reconocer que es necesario pero no ilimitado y , aunque sea Innegable que provoca desigualdades o disfuncionalidades que atentan contra la libertad de los ciudadanos que sólo se pueden corregir o paliar mediante la intervención del Estado, también es innegable admitir que la mejor forma de respetar la libertad de los individuos es la intervención mínima del Estado. En relación a esto último resulta oportuno mencionar la posición de Haffke, quien llega incluso a imaginar la total no intervención penal, y sin que ello signifique una aceptación total de sus ideas, hay algo imprescindible de considerar, un control social jurídico penal racional y esclarecido que cuenta con las debilidades del yo y sin embargo lo trata humanamente... concebido de esta manera, es en el mejor sentido, derecho evolutivo - progresivo, que aspira a producir condiciones sociales más libres, condiciones en las cuales algún día la pena intimidatoria no aparecerá más como necesaria (21). Habría que agregar, por lo menos para comportamientos carentes de dañosidad social o que bien pueden ser tolerados, no así los de mayor daño social.

Un Estado social y democrático de Derecho exige que las sanciones penales cumplan una regulación activa de la vida social asegurando su funcionamiento por medio de la protección de los bienes de los

(19) BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema Penal", cit. pág. 116.

(20) Ibidem, pág. 93.

(21) Ibidem, pág. 97.

ciudadanos y que sea idónea para la prevención. Y en cuanto a esta idea de prevención es necesario considerar la posición de Mir Puig (22), quien reconoce que un Derecho Penal concebido para ser eficaz, corre el peligro de caer en el terror penal, por lo que la función de prevención ha de quedar estrictamente limitada por los principios que rigen justamente a un Estado Social y Democrático de Derecho, a saber, protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y principio de legalidad, sirviendo a la mayoría pero respetando a la minoría (23). Esta limitación es necesaria sobre todo si se parte de que la idea de prevención es indemostrable ya que su comprobación haría necesaria la existencia de un consenso sobre las normas penales para verificar si realmente crea expectativas sociales y la investigación empírica ha demostrado lo contrario, es decir, el disenso y no concuerda con la realidad social. Además, reconocer la prevención -entendiéndose como intimidación o resocialización para evitar la comisión de delitos futuros- sería tanto como conceder al Estado, aún imperfecto en su desarrollo democrático, un derecho de intervención mediante una violencia demasiado grande en la vida de los ciudadanos. La pena siempre es coacción, fuerza que atemoriza, pero no motiva una decisión personal auténtica (24). Si han fracasado los demás controles del Estado, cómo podría una creación tan violenta como es la pena, despertar decisiones auténticas y eso por más aumentos que se le quieran dar (la

(22) MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Ed., Bosch, 1979, págs. 21 y sgts.

(23) Con frecuencia se afirma que, lo que comenzó como opiniones de minorías débiles pero vociferantes terminó siendo adoptado por la poderosa aunque silenciosa mayoría.

(24) Hay sujetos que no son intimidables, no resocializables.

mejor prueba es la pena de muerte). De allí que la función de la prevención deba quedar limitada.

Tanto pena como delito son un producto del Estado, es él quien define la una y el otro, es él quien impone la una y el otro (25). El delito lo realiza el sujeto, pero él no lo ha definido como tal, el tipo y la punibilidad son parte de la autoconstatación ideológica del Estado, otra cosa es la vinculación entre sujeto y delito, en cuanto es su hecho, parte de su hacer y el Estado recurre a su sistema en su conjunto (vida cotidiana, educación, escuela) para hacer prevalecer una determinada concepción ideológica hegemónica; lo único que señalan las normas jurídicas, desde el punto de vista de su legitimidad, es que provienen aproximativamente de una ideología hegemónica dominante en la sociedad (26). Pero sin desconocer que precisamente por esa vinculación del sujeto con su hecho, no puede ser legítimo ningún medio violento que rebase la libertad del individuo porque el hombre es un ente autónomo y superior que legitima al Estado precisamente como una entidad al servicio del hombre: "... en un Estado democrático, en una progresiva evolución hacia un reconocimiento de todos los órdenes de valores existentes, aun los individuales existentes en el cuerpo social" (27).

La realidad demuestra que la sanción sirve al Estado para reforzar ante la sociedad su sistema de valores, por eso se ha afirmado que el

(25) No se pierda de vista que el Estado tiene una libertad política para descriminalizar según el país y el momento.

(26) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema Penal", cit. pág. 118.

(27) Ibidem, pág. 120.

Estado no se preocupa por la efectividad de sus normas, es decir, le interesa más la legalidad que la legitimación, por ejemplo: es más importante mantener la prohibición penal del aborto que la alta cifra de abortos clandestinos y su alto costo social. Lo cual es reflejo de la imperfección del Estado Democrático, por eso es que se pugna por el cuestionamiento a los valores del Estado por la vía democrática porque se está dando un verdadero distanciamiento con la realidad social, por ejemplo, no se observa que el Estado reafirme su sistema de valores a través de definiciones legales que protejan a sujetos ubicados socialmente en los más bajos niveles. De ahí la necesidad de revisar la autoconstatación y las definiciones de lo protegido, para llevar a cabo tanto una política de descriminalización como también de criminalización desde otra perspectiva. (28) Perspectiva que parta de la idea de que el hombre no puede ser instrumento del Estado, es el Estado el que debe ofrecer todas las posibilidades, para que no se cometan delitos y no intervenir más allá de los estrictos límites de necesidad ya que si el Estado fija las normas penales, entonces que evite su concreción y respete la dignidad humana. El Estado debe recurrir a su sistema en su conjunto en una progresiva evolución que logre el reconocimiento de todos los órdenes de valores existentes incluyendo los individuales para que, cuando reprima en cada caso concreto, el sujeto no tenga que renunciar a su socialización adoptando las pautas estatales, sino que el Estado le brinde al sujeto la posibilidad de ser libre. Ello entonces supone reconocer al Estado en su conjunto como corresponsable en el delito, ya que de partida, es él el que

(28) Ibidem, pág. 121.

lo fija y, por tanto, tiene que preocuparse también de establecer las condiciones más favorables para que el individuo particular no delinca (29).

El individuo tiene necesidades y las expone, por ejemplo, el movimiento ecologista, que se vuelve a mencionar porque plantea una nueva ética social dentro del marco de libertad que el Estado debe garantizar porque los individuos son reales y autónomos y el Estado sólo es una forma de organización de éstos para su mayor felicidad y no infelicidad. Es, por tanto, una exigencia democrática el respeto a las garantías que deben acompañar al individuo frente al Ius Puniendi. Se coincide con Jescheck en que "la función represiva del Derecho Penal no es expresión del deseo de realizar a través de la justicia terrena un ideal moral absoluto, sino un medio necesario para alcanzar la protección de la sociedad de una forma justa" (30).

1.2.1 EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

La Constitución ofrece el marco jurídico - político general del sistema penal y actúa como elemento interpretativo de un Código Penal dictado sobre la base de una realidad. La Constitución da la base para postular una adecuada política criminal sin que ésta se convierta en un cerco para la democratización de la intervención punitiva del Estado, pues la participación de los miembros de una sociedad no puede hacerse a un

(29) Ibidem, pág. 122.

(30) JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Vol. Primero, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 6.

lado. (31)

Es el ordenamiento jurídico que relaciona y condiciona los bienes jurídicos que son conceptos y elementos propios del Derecho Penal surgidos de la vida social, pero la intervención punitiva del Estado exige un fundamento especial que está en la Constitución y constituye la principal garantía del ciudadano frente al Estado porque la mayor virtud, desde el punto de vista democrático formal, está en la Constitución. La validez del sistema punitivo sólo puede garantizarse si existe una fuerza que quite todo aquello que socialmente deja de ser relevante y sólo con el contacto constitucional se puede determinar en efecto, lo que socialmente es relevante; la Constitución desde su posición limitadora puede lograrlo.

El contenido Constitucional pugna por la defensa de valores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (32). Por lo que toda creación legislativa está sujeta a la Constitución (33).

La labor criminalizadora - descriminalizadora debe enmarcarse en la Constitución con límites y mandatos estables y aceptados por grupos sociales acatantes de la norma porque emergen de la necesidad social

(31) Bricola, F. en su "Teoría Generale del Reato", sostiene que la Constitución es límite en la tarea que él denomina despenalizadora, ya que afirma que ésta es posible siempre que se considere que existe un cierto arbitrio del legislador en la elección de los hechos que se configuran o no como delitos, claro está que con unas limitaciones específicas contenidas precisamente en la Constitución. Citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso Despenalizador", Universidad de Valencia, Valencia, 1983, págs. 173 y sgts.

(32) Artículo I, Constitución Española.

(33) Artículo 9.1. Constitución Española: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico."

que surge ante la comisión de eventos antisociales. Estos límites son de alto rango formal, político y ético social. Son políticos porque causan consenso entre las fuerzas políticas en el desarrollo de la vida social, son éticos porque surgen de las valoraciones propias de la vida en sociedad.

Son tres los aspectos que deben tomarse en cuenta:

1. La referencia Constitucional encuentra su primera expresión en las garantías que han de respetar los poderes públicos en materia penal, como una regla básica de la Democracia (34); en el Principio de Legalidad penal (35); del derecho a la libertad y a la seguridad personal (36); del derecho a la vida y la integridad física y moral, con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (37); y la protección judicial de los derechos individuales (38). Sin embargo, la presencia de estos principios en la Constitución, no garantiza su aplicación concreta porque para ello es necesario plantear medios que aseguren la protección real de estos derechos y libertades de la gran mayoría de ciudadanos.

-
- (34) El artículo 1.1. de la Constitución Española dispone que: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".
- (35) Artículo 25.1. de la C.E.: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".
- (36) Artículo 17 C.E. "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad".
- (37) Artículo 15 C.E. "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".
- (38) Artículo 24.1. C.E.: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

2. La Constitución marca metas de contenido social al establecer la reeducación y la reinserción social como orientación de las penas y de las medidas de seguridad (39). Con esta idea el Estado se convierte en un Estado Social que va más allá de las garantías formales y se fija metas concretas de contenido social. Este imperativo tiene eficacia si se le orienta en programas de política general en los que el legislador, personal penitenciario y aplicadores del derecho coadyuvan verdaderamente.

3. Normas constitucionales aptas para vincular la política criminal con la política social acorde con los intereses que han de guiar un desarrollo político global en beneficio de las clases populares y protectoras de la dignidad (40). El crimen no es patrimonio de ninguna clase social sino, en términos de García Pablos, un fenómeno ubicuo que se reparte a lo largo y a lo ancho de la pirámide social: "numerosos informes de autodenuncia ponen de relieve que también los individuos pertenecientes a las clases media y alta infringen las leyes penales ... cosa distinta es la desigual y discriminatoria incidencia del control social penal" (41). Estos principios no tienen incidencia inmediata y automática sobre la realidad pues el grupo en el poder deja vacíos estos preceptos. En clara argumentación De Solá Dueñas lo resume así: "intentos por parte de los sectores dominantes de dejar vacíos de sustancia todos aquellos preceptos cuyo desarrollo consecuente pueda debilitar o

(39) Artículo 25.2. C.E.: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

(40) Artículo 9.2. C.E.: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

(41) GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad, Madrid, Ed. Espasa-Calpe. 1988, págs. 163 y 164.

poner en peligro sus posiciones e intereses" (42).

Ahora bien, expuestos los aspectos, se comprende que la sanción penal representa el último recurso del poder del Estado y contemplada por regla general en las Constituciones, de cuya regulación, se desprenden consecuencias en orden a su concepto, finalidad y determinación. La Constitución contiene principios fundamentales de carácter penal y su articulación para aquello que concierne a los derechos de libertad, a la organización del Estado y a sus poderes, se refleja necesariamente sobre la ley penal, sea en la Parte General, sea en la Parte Especial del Código Penal, en cuanto que la ley penal por su naturaleza, limita la esfera de libertad del ciudadano y, por ello, la Constitución debe representar su parámetro de validez" (43).

La Constitución es el punto de partida que marca dentro de unos límites bien definidos, aquellos comportamientos que pueden ser reprimidos con la sanción penal. Establece así una relación directa entre la necesidad de reducción del ámbito de las infracciones penales y la exigencia de que la inclusión o exclusión de tipos legales se efectúe partiendo de premisas de orden Constitucional.

Estos problemas están directamente relacionados con la actuación constitucional porque la elección y delimitación de aquellos bienes que deben ser sometidos a tutela penal se basa en la jerarquía de los valores

(42) DE SOLA DUEÑAS, Ángel, "El Pensamiento Criminológico", ob. cit. pág. 254.

(43) Vld. NUVOLONE, P., "Il Sistema del Diritto Penale", CEDAM, Padova, 1975, pág. 35.

expresados en ella.

En primer lugar, deben excluirse de prohibición penal aquellos comportamientos que han perdido relevancia social y, en segundo lugar, la adecuación a la Constitución se debería convertir en la inclusión de aquellos hechos que a pesar de ofender importantes intereses constitucionales han sido olvidados hasta ahora por el legislador (44).

Dentro de los derechos constitucionalmente garantizados se comprenden no sólo derechos del individuo sino también valores objetivamente tutelados como, por ejemplo, la protección del medio ambiente (45) y aquellas situaciones subjetivas que se constituyen en derechos inviolables, como por ejemplo, el derecho a que la vida privada sea respetada y tal derecho debe constitucionalmente ser relevante y otorgar legitimación a toda norma jurídica dirigida a tutelarlos. La Constitución tiene una importancia fundamental para todo el Derecho Penal y los intereses que en ella residen habrán de ser tenidos en cuenta por el legislador, tanto en el momento de determinar qué hechos deben ser configurados como infracciones de índole penal como a la hora de

(44) Mantovani ha señalado que existen frente a esta cuestión dos tesis: una amplia, en que la norma penal puede tutelar cualquier interés "con tal de que no sea incompatible con la Constitución"; y otra estricta, referible a que la norma penal sólo debe recoger la protección de intereses que sean constitucionalmente significativos dejando a la sanción administrativa la tutela del resto de los intereses que no son relevantes para la Constitución. Citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso Despenalizador", Ob Cit. pág. 181.

(45) Se podría poner como ejemplo la regulación que en el artículo 45.1. de la Constitución Española se hace del ambiente: "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo".

concretar la pena que se prevé para los mismos (46). Y habrá que admitir que estos límites contribuyen a convertir en menos arbitrarias las actividades de eliminar o crear tipos legales. La tutela de bienes jurídicos es un límite a esta actividad: "Esa tutela, cuya concreción queda en manos del legislador ordinario, le obliga a que su labor criminalizadora o descriminalizadora, sea coherente con el conjunto de valores e intereses que por su naturaleza constitucional, dotan de cohesión al ordenamiento jurídico" (47).

De lo expuesto se derivan principios rectores derivados de la Constitución en la función punitiva:

1.2.1.1. El principio de Intervención penal mínima.

Deriva de los derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución. Revela una relación entre el derecho penal y las restantes normas no penales. Deriva de una relación horizontal de coordinación entre el Derecho Penal y las restantes ramas jurídicas del mismo rango, coordinación que exige homogeneidad entre las normas penales y no penales conformadoras o incidentes en el mismo ámbito social o jurídico. De esta relación es que surge el carácter subsidiario o fragmentario del Derecho Penal y la intervención mínima. Al respecto Rodríguez Ramos afirma que: "de esta necesaria relación horizontal de coordinación se

(46) Vid. PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso Despenalizador", cit. pág. 188.

(47) Vid. ~~TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Constitución y Ley Penal"~~, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 11, Madrid, junio de 1986, pág. 656.

derivan a su vez dos cuestiones y principios secundariamente constitucionales, que son el posible carácter secundario o auxiliar del Derecho Penal y el llamado principio de intervención mínima" (48). De aquí surge una idea: el Derecho Penal es principal cuando su intervención es necesaria para regular una clase de antisocialidad y no existen otros remedios menos represivos, es decir, no hay otra rama jurídica capaz de enfrentarlo con la misma efectividad, pero también puede ocurrir a la inversa, que el Derecho Penal sólo sea auxiliar y secundario respecto a otras normas jurídicas (derecho administrativo).

El Principio de intervención penal mínima encuentra su fundamento en la unidad del ordenamiento jurídico porque exige de las diversas ramas jurídicas una distribución de roles en la protección de bienes jurídicos. Las normas penales, en una adecuada articulación con las no penales, sólo deben crearse cuando los bienes jurídicos reclamen la sanción más grave. Como se ve este principio, que actúa como freno de la creación y mantenimiento de las normas penales se fundamenta también en la Constitución: reconocimiento de la libertad como valor superior (49); de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y

(48) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de normas penales", Revista Mexicana de Justicia, México, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia, Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 1, Vol. I., Enero-marzo, 1983, pág. 53.

(49) Artículo 1.1 de la C.E. "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

de la paz social (50) y todos los derechos y libertades previstos en la Constitución como son: igualdad ante la ley, derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a no ser sometido a tortura y a tratos inhumanos y degradantes, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad y seguridad, libertad de expresión, libertad de asociación, derecho a la participación política, derecho a la defensa, libertad de enseñanza (51). Todos ellos limitan la actividad legislativa penal para privar de alguno de los derechos o libertades fundamentales. Esto es lo que justifica precisamente la actividad legislativa pues, con base en esos derechos y libertades, una norma penal puede merecer su calificación de anticonstitucional.

Las normas vacías, falacia de solución a problemas sociales, sólo sirven de obstáculo a la verdadera solución de problemas sociales que en ocasiones requieren tan sólo de intervenciones no penales: "resultarían inadmisibles normas penales... que sólo intentarían crear un ambiente propicio para el tratamiento del delincuente desviado que mediante una criminalización simbólica quisieran hacer creer que se ha solucionado un problema social que requiere otros tratamientos políticos y jurídicos no penales y, en general, siempre que se criminalicen conductas sin

(50) Artículo 10.1 C.E. "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

(51) Artículos 14 a 38 C.E. en que se contemplan estos derechos y libertades: de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, derechos y deberes de los ciudadanos.

necesidad o sin posibilidad de eficacia" (52).

Es necesaria la defensa del Principio de Intervención mínima en aquellas áreas en que el Estado debe reducir su ámbito de aplicación, sobre todo cuando se le destina a las clases menos favorecidas socialmente. Esto choca con los principios de igualdad jurídica y de las condiciones para promoverla y fundamenta la necesidad formal y real de eliminar los comportamientos de los no poderosos sustituyéndolos por medidas de política social que, enfrentando sus verdaderos problemas, eliminen la sanción penal del estigma y doten de otras medidas carentes de estos efectos represivos. El principio de igualdad reduce la distancia entre la minoría castigada y la mayoría que resulta impune por pertenecer a otro nivel socioeconómico. La desaparición de algunos tipos legales reduce los efectos de la desigualdad.

De acuerdo con Mir Puig, el principio de intervención mínima parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico: "Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del Derecho Penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad" (53). Atentatorio de este principio lo es la creación de tipos legales innecesarios, agravamiento de punibilidades o la ampliación de

(52) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales OB. CIT. pág. 56.

(53) MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1976, pág. 125.

estados peligrosos, por ejemplo, la reincidencia.

El Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico frente a ataques más intolerables que se realizan contra el mismo (54) y la tesis que lo fundamenta es aquella en que se afirma que el Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales (55).

Pero el Principio de intervención mínima significa también que el Derecho Penal interviene mínimamente en la Sociedad porque aún confía en el hombre y porque al intervenir mínimamente, más fecunda y próspera será la vida en comunidad frente a los ataques más intolerables que se realizan contra la misma. El Derecho Penal es la última instancia a la que pueden llegar los ciudadanos para resolver sus conflictos.

Para Muñoz Conde, la intervención mínima es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del derecho penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes

(54) Vid. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El Principio de Intervención Penal mínima", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XL, fasc. I, Madrid, enero-abril, 1987, pág. 100.

(55) Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Introducción al Derecho Penal. Parte General", Barcelona, Ed. Barcanova, 1981, págs. 48 y sgts.

jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte, fragmentos, si bien la de mayor importancia (56).

Se trata de una exigencia ética dirigida al legislador que, si no la respeta, castigando más de lo que debe castigar, se origina una criticable hipertrofia penal que, por otra parte, es precisamente lo que constituye la razón por la cual se eliminan tipos legales.

Cuestiones como el urbanismo, la política agraria, el trabajo, la vivienda, la enseñanza, la asistencia social, la salud, la política de inversiones y de distribución de la riqueza, tienen especial importancia para corregir desequilibrios sociales, su desarrollo es posibilidad de intervención preventiva no penal.

El punto de partida de la intervención habrá de ser la realidad social con sus tensiones y contradicciones, pero sin extralimitaciones que sólo importen comportamientos que interesen a la perpetuación de grupos en el poder.

Por eso debe hacerse una verdadera investigación sociológica del Derecho Penal que, asociada a los factores económicos, permita desentrañar las circunstancias que condicionan cada incriminación, lo que permitiría enfocar con seguridad y pertinencia todos los aspectos de la problemática delictiva.

El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados: ultima ratio, carácter fragmentario del derecho penal, y su

(56) MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal.
Barcelona, Ed.. Bosch, 1975, pág. 71 y sgts.

naturaleza subsidiaria.

a) El Derecho Penal como ultima ratio.

El Derecho Penal sólo puede ser usado como ultima ratio si es que se quiere una sociedad democrática que reconozca la dignidad de la persona como único eje, por eso se trata de considerar en cada bien jurídico si tiene algún sentido la protección penal, lo cual no quiere decir que quede sin tutela jurídica, sino saber si se cuenta con otra clase de medios jurídicos y aun sociales. No se puede llegar, de principio, al castigo de una conducta cuando su prohibición provoca enormes daños en la realidad social y no la buscada protección penal y social al mismo tiempo. Esto debe quedar demostrado en la práctica y sólo debe entrar en juego cuando no ha sido suficiente la aplicación de otros recursos menos violentos. El Derecho Penal debe ser mínimamente intenso, es decir, lo menos afflictivo o estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y prohibiciones penales (57). La pena surge cuando han fracasado todos los controles sociales y por eso mismo es más que un control, es expresión absoluta de su carácter represivo (58).

El Derecho sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras medidas preventivas, lo contrario significa un uso indiscriminado de la norma penal, lo que Roxin denomina "la huida

(57) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Compendio de Derecho Penal", Parte General, Madrid, Ed. Trivium, 1984, pág. 33.

(58) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema Penal" cit. pág. 81.

hacia el Derecho Penal" que, significa a menudo, sólo el abandono por parte del Estado de los cometidos político sociales de positiva configuración que hoy le competen (59).

b) El carácter fragmentario del Derecho Penal.

En el Estado Social y Democrático de Derecho se prevé un examen de medios menos gravosos para los ciudadanos porque de no ser así se caería en un Estado policial en donde los ciudadanos viven bajo la amenaza penal constante en su desarrollo personal y comunitario y, precisamente, de aquí es de donde proviene la eliminación de tipos legales y su conversión en ilícitos civiles o administrativos, cuando dicho comportamiento no tiene un desvalor realmente grave. En este sentido por grave ha de entenderse un elevado grado de nocividad respecto de la sociedad. Por tanto, el Derecho Penal al constituirse en la tutela de los valores, debe ser el instrumento de control social formal que revele un Estado que recoge y enfoca los intereses que constituye la cultura. Como lo expresa Jiménez de Asúa: "...dirigiéndolos al fin de la vida, configura los tipos de modo fragmentario conforme a las exigencias político criminales y grado de sabiduría jurídico penal" (60).

El carácter fragmentario del Derecho Penal consecuencia, del principio de Intervención mínima, es uno de los fundamentos político - criminales más importantes de nuestro Estado Social y Democrático de

(59) Vid. MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 128.

(60) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Cit. por MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El Principio de Intervención Penal Mínima", Ob. Cit. pág. 105.

Derecho cuyo olvido es causa de una inflación punitiva que desvía el verdadero sentido de la pena, que es conminar a la sociedad cuando exista estricta necesidad: "...Estado Democrático será aquel que en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable" (61).

El carácter fragmentario para Mir Puig significa que el Derecho Penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así para poner un ejemplo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta (62). Y en opinión de Bustos y Hormazábal, el Derecho Penal tiene "un carácter lagunario y trata de descriminalizar más bien que criminalizar" (63).

c) La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal.

El Sistema Penal ha sido denominado por Baratta: "medio de socialización sustitutivo porque emerge cuando los otros fracasan. Es decir, que la ley no es más que una herramienta entre otras, del control

(61) HORMAZABAL MA LAREE, Hernán, "Política Penal en el Estado Democrático" en ADPCP, 1984, pág. 333, citado por MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El Principio de Intervención Penal Mínima" Ob. cit. pág. 108.

(62) MIR PUIG, Santiago, "Introducción a las bases del Derecho Penal". Ob. Cit. pág. 126.

(63) BUSTOS RAMIREZ, Juan, y HORMAZABAL MA LAREE, Hernán, "Pena y Estado", en PAPERS, No. 13, Sociedad y Delito, 1980, pág. 126.

social" (64).

La presencia del Derecho Penal, por tanto, refleja la ineficacia de una prevención no penal. El debilitamiento del sistema de normas sociales que subyace al Derecho, el fracaso del control social tradicional e informal en la familia y la comunidad, las nuevas exigencias socioculturales, han hecho necesario el desarrollo de normas jurídicas y su protección por medio del Derecho Penal (65), como ejemplo puede citarse el papel que va desempeñando la economía moderna y el apoyo a los objetivos económicos políticos a través del Derecho Penal Económico.

La naturaleza subsidiaria del derecho penal reconoce la capacidad de destrucción del mismo. Hassemer y Muñoz Conde lo admiten así: "Con este principio reconoce el Derecho Penal la alta capacidad destructora de sus instrumentos, desde la conminación hasta la ejecución de la pena pasando por su propia imposición; por eso estos instrumentos sólo deben ser utilizados y, con ello, declarada una conducta merecedora de pena, cuando no sean suficientes otros remedios" (66).

Esto contradice la idea de abolir el Derecho Penal en una sociedad de creciente urbanización, movilidad y anonimato que conlleva necesariamente un incremento de criminalidad que hace que los órganos

(64) Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso", Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1981, pág. 345.

(65) Vid. KAISER, Günter, "Introducción a la Criminología", Tr. José Arturo Núñez, Madrid, Ed. Dykinson, 1988, pág. 84.

(66) Vid. HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pág. 71.

gestores de control del delito se desborden continuamente.

Eliminar tipos legales del catálogo punitivo sirve no para abolir el Derecho Penal, pero sí para aminorar su desbordamiento (67).

Sólo se justifica la creación de tipos legales y punibilidades cuando se hace para tutelar intereses de la comunidad por el impresionante efecto que tiene el derecho penal en quienes sufren la pena: "sólo cuando ninguno de los medios no penales sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad" (68).

1.2.1.2. Otros principios limitadores de la actividad penal.

Siguiendo con los principios rectores derivados de la Constitución en la función punitiva, a continuación se exponen los siguientes:

a) Principio de Legalidad.

Dado que el Estado como expresión de la voluntad popular, está legitimado para el ejercicio de su poder, debe moverse dentro del marco de la legalidad que le fija la Constitución. El principio de "nulla poena sine iudicio, nullum crimen sine lege" son el fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho (art. 25.1 C.E.).

Implica la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior

- (67) Como ejemplos pueden citarse el derecho penal del tráfico, delitos sexuales, o bien, el hacer depender la persecución de la pequeña criminalidad a solicitud del lesionado.
- (68) MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del delito, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 2a. Edición, 1985, pág. 74.

al hecho (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa), lo que significa un rechazo de la analogía, como fuente creadora de delitos y penas e impide, como límite de la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador (69).

En atención al principio de legalidad, la descripción debe incluir con toda precisión el contenido necesario para lograr la protección penal de bienes jurídicos. El Principio nullum crimen tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección, convirtiéndose de este modo en un instrumento de configuración social de alta significación (70).

b) Principio de igualdad ante la ley.

Según el cual el Derecho es igual para todos.

La libertad e igualdad y demás derechos que supone el Estado de Derecho no debe manifestarse sólo en el plano formal, sino en el material, en el de la realidad social, económica, jurídica. El Estado de Derecho deriva de la democracia expresada en la idea de la soberanía popular que lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica, entraña una respuesta normativa al problema de la legitimación política en el plano material y formal (71). El Principio de la soberanía popular tiene la función de garantizar que cualquier ejercicio del poder por parte de los órganos del

(69) S.T.C. 21-7-87.

(70) Vid. ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pág. 27.

(71) Vid. PEREZ LUÑO, Antonio, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, pág. 204.

Estado se haga en interés del pueblo, como requisito de su propia legitimación. Sólo dando respuesta a las necesidades sociales se puede asegurar y posibilitar la vida en comunidad.

c) Principio de Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un principio garantizado por la Constitución (72) que junto con el de legalidad cobra especial relieve. Formalmente sienta las bases para una descripción precisa del precepto penal, eliminando elementos innecesarios y evitando la sobreprotección del bien jurídico. Materialmente asegura la imposición de la pena como condición de eficacia que revela cuando el mecanismo infracción - castigo no funciona.

d) Principio de Culpabilidad.

Para que el juzgador pueda imponer una punición es indispensable que el hecho que sirve de presupuesto sea realizado con reprochabilidad. El enfoque de la culpabilidad, no tiene una base ética, sino que se basa en el axioma culturalmente aceptado de que, en sociedad, el hombre puede actuar con libertad, y funciona como garantía del individuo frente al poder público: la medida de culpabilidad como extremo máximo a que puede, proporcionalmente, llegar la punición. Si esto es así, nada impide que se

(72) Artículo 9.3 C.E.: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

dé al sujeto un tratamiento humanitario. Con base en esto, debe rechazarse de la Parte General del Código Penal la figura de la reincidencia que agrava la punición, de igual forma, el concepto de peligrosidad basado en hipotéticos pronósticos de conducta: "Las transformaciones de la Política Criminal que se han consumado en los últimos años, deben transformar al mismo tiempo el sistema de nuestra Parte General si quiere conservar su capacidad de funcionamiento" (73).

e) Principio Non bis in idem.

La prohibición de que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta por ser una inadmisibles reiteración en el ejercicio del poder punitivo del Estado y una duplicidad de sanciones penales respecto a unos mismos hechos (74). Es una prohibición, que sin embargo, es propiciada en el nivel legislativo -por ejemplo: la reincidencia- y aplicada a nivel judicial a pesar de su anticonstitucionalidad.

f) Principio del bien jurídico.

El Derecho Penal como medio político criminal sólo debe utilizarse para la protección de bienes jurídicos y no para cualquier fin. Y sólo para la protección de los bienes individuales o colectivos más importantes y esenciales para la vida ordenada en comunidad. Para los demás bienes están otras áreas del Derecho. De esta idea surge la necesidad de un proceso de creación y abrogación de normas penales.

(73) ROXIN, Claus, "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal". Cit. pág. 81.

(74) Artículo 10.2. Convención Europea de Derechos Humanos.

g) Principio de Acto o de Conducta.

Las normas penales sólo pueden prohibir u ordenar acciones u omisiones antisociales. Derivado del principio de Legalidad, a un sujeto sólo se le podrá imponer una pena (o medida de seguridad) por lo que ha hecho y no por lo que él es. De allí que todas aquellas normas jurídicas que se basan en la peligrosidad deben desaparecer del catálogo punitivo.

2. REALIDAD SOCIAL Y PROTECCION DE BIENES JURIDICOS.

El bien jurídico constituye un aspecto esencial de la relación política penal - Estado Democrático porque el Estado está obligado a prohibir sólo conductas que al afectar intereses motiven la necesidad de protegerlos porque el requerimiento social, libre de ideologías, lo exige. No se trata de abordar el estudio de cada una de la teorías que sobre el bien jurídico existen, de determinar si son immanentes al sistema jurídico penal o si son trascendentes a dicho sistema (75). De lo que se trata es de afirmar que son las necesidades sociales las que constituyen, conforme a una previa política criminal -lo que supone una investigación empírica e interdisciplinaria- lo que debe penalmente ser protegido en las relaciones concretas que se dan entre los individuos en la sociedad democrática. García Pablos en relación a esto expresa: "El delito es un fenómeno social y como tal debe analizarse, no es un acontecimiento individual, ni

(75) A tal efecto se ha considerado que las primeras cumplen una función meramente sistemática y reducen al bien jurídico a una creación del legislador y, las segundas, las trascendentes, sitúan al bien jurídico más allá del Derecho Penal y cumplen una función crítica del sistema. Para un abundamiento véase MIR PUIG, "Introducción a las bases del Derecho Penal" Ob. cit. págs. 120 y sgts.

suceso aislado en la vida de una persona. Es un fenómeno social que hace referencia a valores" (76).

Se trata de establecer que sólo en el Estado Democrático se pueden generar bienes jurídicos, pues sólo él ofrece condiciones estructurales necesarias, en donde los tipos penales son socialmente significativos, porque son productos sociales, no formas encubiertas de intereses de grupos hegemónicos dirigidos a encubrir un lus puniendi no democrático.

El bien jurídico es vital para la comunidad y para el individuo, y por su significación social es protegido jurídicamente. Puede aparecer como objeto ideal, como estado real, como relación vital, como relación jurídica, en términos de Welzel: "La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social" (77). Con mucha claridad Welzel coloca el bien jurídico más allá del Derecho y del Estado, con lo que se le pone un límite liberal a la intervención del Estado, para Welzel ese orden social gira en torno al hombre, a la dignidad de la persona.

El bien jurídico cumple así funciones de fundamento y garantía. En consecuencia no se pueden elaborar normas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, ni se pueden establecer delitos que no estén contruidos sobre la existencia de un bien

(76) GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Manual de Criminología, Ob. Cit. pág. 692.

(77) WELZEL, Hans, Derecho Penal, Parte general, Chile Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 15.

jurídico por lo que es necesario eliminar hechos que no estén en relación con su defensa (78).

Por eso lo consecuente será revisar bajo la óptica de la demanda social lo que tenga que prohibirse penalmente o dejar de hacerse. El bien jurídico impone la necesidad de protección penal, justifica la existencia de la norma penal y surge de la propia necesidad social que confiere legitimación a la actividad legislativa para elaborar en ejercicio del *Ius Puniendi* y en beneficio de la comunidad la o las normas penales correspondientes.

En el Estado Democrático, el bien jurídico concebido materialmente como una relación sintética de carácter normativo y social, cumple esencialmente una función de carácter crítico, su función es de naturaleza político penal, en la medida que no sólo impone la restricción dentro del Estado democrático del *Ius Puniendi* a la exclusiva protección de bienes jurídicos, sino también en cuanto a poner de manifiesto la necesidad de penalizar ciertas y determinadas conductas que por su dañosidad social merecen ser castigadas penalmente (79). La protección de bienes jurídicos deviene del carácter fragmentario del derecho penal y debe limitarse a los ataques más peligrosos. Por eso de la revisión del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de un bien jurídico de índole social puede surgir la necesidad de cubrir las lagunas penales para ver lo

(78) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, págs. 50 y sgts.

(79) Vid. HORMAZABAL MALAREE, Hernán, Política Penal en el Estado Democrático, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Tomo XXXVII, fasc I, enero-abril MCMLXXXIV, pág. 344.

que realmente se puede proteger (80). Por eso el bien jurídico es un concreto interés individual o colectivo, de riguroso orden social, protegido en el tipo legal y toda desvaloración de éste por la comunidad fuerza al legislador a derogar aquél. Es obvio que sin la presencia de un bien no debe crearse una punibilidad. Y se trata de concebir la institución del bien jurídico como aquella realidad empírica de la vida y su valor funcional para el Derecho (81).

Es conveniente recordar que, cada sociedad conforme a sus costumbres y tradiciones jurídicas y sociales, puede considerar dañosos o no, hechos respecto de los cuales otras sociedades tienen una diversa sensibilidad, variaciones que, por otra parte, deben considerarse y reflejarse en el correspondiente tipo penal a través de la inclusión, exclusión o modificación de la correspondiente prohibición penal.

De lo expuesto se deduce que es inseparable la realidad social ya que el fundamento de la norma jurídico penal en su creación o abrogación reposa en una visión legal del mundo. En esa visión legal la Sociedad tiene un papel primordial.

Integrada por las instituciones formales del Estado y por los individuos, la valoración normativa es diferente según el sistema socioeconómico, lo que ofrece la posibilidad de formas delictivas

(80) Como ejemplo, puede citarse que en el contenido de carácter social que tiene la Constitución Española se encuentran las bases sociales para proteger la intimidad, el patrimonio artístico, el medio ambiente en beneficio de la libertad individual.

(81) Vid. J. QUERALT, Joan, De algunas bases del Derecho Penal español, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, No. 38, 1985, pág. 314.

diferentes, esto porque un Código Penal es la radiografía del sistema que mantiene, y en esa visión el bien jurídico y con ello el injusto, es la piedra angular de la revisión crítica en una democracia que persigue una protección permanente de la libertad individual.

El Bien Jurídico desde la óptica de política criminal surge de la vida social y, por tanto, el derecho penal debe reconocer los intereses que aparecen para el individuo en su actividad social y, en cuanto a su titular, el Estado ya no puede erigirse como tal, como tampoco puede colocar al delincuente como un traidor que ha infringido un deber de fidelidad respecto del Estado y no debe hacerlo porque el único titular de los bienes jurídicos es el individuo considerado socialmente, pues la única fuente de donde emanan, es la vida social.

El bien jurídico cumple una función de garantía para los sujetos en cuanto da una razón de la intervención estatal y, por ello, apunta hacia la génesis y legitimación de la norma penal y su protección es una expresión de la actuación del Estado que recoge todos los intereses que constituyen la cultura y los orienta en la creación de tipos conforme a exigencias político - criminales en una época determinada porque las raíces del Derecho Penal se encuentran en las representaciones ético sociales de valor de la comunidad jurídica que constituyen el fundamento para que surjan bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales (82).

Si el Estado desconoce esta fuente social entonces los bienes

(82) Vid. WESSELS, Johannes, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, pág 36.

jurídicos que él fije estarán sobrando pues lo único importante sería la desobediencia de la norma. El bien jurídico surge así, como señalaba Von Liszt, como un concepto límite, determinado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, dentro de él, en cuanto lo ha fijado, pero con un contenido proyectado hacia el cuerpo social, que el Derecho tiene que asumir (83).

Son las relaciones sociales las que determinan el contenido del bien jurídico como elemento integrador de la norma jurídico penal. El bien jurídico reproduce en la norma el interés de la vida social de los individuos, intereses sociales concretos considerados democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema. Así por ejemplo, introducir un resultado material en el tipo legal no es una simple cuestión de causalidad, sino de imputación desde el bien jurídico, en otros términos, de la necesidad e idoneidad respecto de la lesión de dicho bien (84).

De igual forma el bien jurídico determina la conducta prohibida, enunciada en términos de deber jurídico. Si esto fuera de otro modo el bien jurídico perdería su sentido como integrador de una norma. Se debe, por tanto, hacer una constante revisión de la valoración o desvaloración de las relaciones sociales, de las condiciones de la vida humana en común, su deterioro y su concepción como bien jurídico lesionado porque el bien jurídico es lo que une la conducta prohibida y su enfoque político criminal.

En este marco de ideas surge la pregunta: ¿qué puede ser

(83) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema Penal", Ob. cit. pág. 138.

(84) El legislador, de entre todos los efectos naturales de la actividad, sólo incluye en el tipo el necesario e idóneo para producir la lesión del bien jurídico.

susceptible de protección penal y en qué forma ? La respuesta tiene que ver con los factores que condicionan la criminalidad y con la cambiante definición legal de lo que es digno de protección penal (85).

En cuanto a los factores que condicionan la criminalidad, el primer paso será investigarlos, porque en alguna medida propician la realización de tales conductas antisociales. Son factores económicos, sociales, educativos, históricos, políticos, demográficos etc., que varían para sociedades distintas, para sectores de una misma sociedad, para cada individuo, para cada clase de conductas antisociales. Una vez que se sabe con precisión lo que ocurre, deberán desplegarse los medios idóneos para eliminar o por lo menos neutralizar esos factores y ello a través de medidas no represivas porque las medidas represivo penales sólo son idóneas para enfrentar las conductas antisociales, pero nunca los factores que las condicionan.

Una vez que se han combatido los factores condicionadores de antisocialidad y no se logra el objetivo señalado, lo indicado será llegar a la elaboración de las normas penales protectoras de bienes jurídicos. El Derecho Penal es uno de los componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado Social haya ampliado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad

(85) Se dice cambiante por la variación de los diversos intereses sociales.

de prestación positiva en materia asistencial (86). Es la protección de bienes jurídicos lo que legitima al Estado Democrático en el que todos deben participar en su revisión crítica con lo que la legitimación se pone en revisión constante. Lo contrario conduciría al individuo en manos del poder total del Estado, transformaría al Estado de derecho democrático, lo llevaría sólo a preocuparse por la eficacia, por establecer mecanismos de obediencia y no de legitimación, se convertirían los bienes jurídicos en valores absolutos, se eliminaría la participación de todos, la constante rediscusión crítica, en definitiva se acogería la vía de un Estado autoritario o absolutista (totalitario o policial) (87). Es por tanto, la creación de un sistema social en beneficio de los individuos y su mantenimiento, lo que legitima la intervención coactiva en la que el bien jurídico es un límite para el legislador.

El bien jurídico es una fórmula jurídica que da sentido a la norma penal, pero que encuentra su legitimación en las relaciones sociales, es decir, en la interacción de los individuos. Tal afirmación debe comprobarse, ver hasta qué punto el derecho ha recogido lo que surge de esas relaciones sociales y es una garantía porque todo individuo, toda la sociedad, debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico en cada descripción legal. Pero falta algo aún, no todo bien jurídico necesita protección punitiva, para eso se requiere considerar el avance histórico - cultural que tiene una sociedad determinada porque el derecho penal sólo

(86) Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Ob. cit. pág. 16.

(87) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Ob. cit. pág. 40.

puede ser ultima ratio, única vía de democracia.

El bien jurídico debe reflejar, sintetizar en la norma lo que ocurre en la realidad y limitar la actividad del legislador impidiéndole actuar con arbitrariedad al fundamentar las leyes; se trata del desvalor del acto, es decir actividades efectivamente ejecutadas que limitan el contenido de los tipos legales. En cada caso habrá que tener presentes las costumbres predominantes en la sociedad de que se trate porque cuando en una colectividad se otorga importancia a valores específicos, emergen, alrededor de los mismos, concretos intereses, y esos intereses pueden convertirse inmediatamente en el objeto jurídico de un delito (88).

2.1 VARIACIONES QUE SE PRODUCEN DENTRO DEL SISTEMA DE BIENES.

Hay dentro de la colectividad una serie de valores fuertemente desaprobados que exceden el límite de tolerancia de la comunidad y que, sin embargo, no llegan nunca a formar parte de la conducta reprimida legalmente o sea que es conducta desviada nada más, pero no delito.

Algunos criminólogos sostienen en relación a la conducta desviada que no es conducta delictiva porque no ha habido alguien que tenga a la vez, el interés y el poder suficientes para hacerla implantar como conducta delictiva ya que, lo delictivo es impuesto desde arriba por la persona o

(88) Vid. PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso Despenalizador", Cit. pág. 17.

grupo que tiene mas poder (89).

En una investigación (90) tendiente a comprobar si el Código Penal está basado en la conciencia colectiva, se preguntó la reacción emocional sobre la homosexualidad a profesores de educación media, a reclusos reincidentes y jóvenes y fueron éstos últimos quienes más la rechazaron e incluso pedían las sanciones más graves, ¿ por ese hecho, la homosexualidad merecería ser delito al ofender intereses fuertemente arraigados en la conciencia colectiva?.

Que decir del aborto, en algunos países hay una fuerte tendencia colectiva hacia su descriminalización y sin embargo está incriminado penalmente en muchos países.

En cuanto al hecho de fumar marihuana, en Venezuela no es delito, pero es posible que la mayoría de la población desearía que se incriminara penalmente. En cambio, el adulterio, delito aún en algunos países (en México lo es) revela que son pocas las personas a las que importa que sea castigado ante los tribunales y que una persona sea llevada a la cárcel por acto de adulterio. En contraste, la legislación española lo ha dejado fuera del Código Penal, quizá no sólo porque el adulterio es, en términos estadísticos, una conducta más o menos normal, sino porque con el desarrollo de las grandes sociedades estos delitos de daño fundamentalmente privado han perdido trascendencia social.

(89) Vid. ANIYAR DE C., Lola, Criminología de la Reacción Social, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977, pág. 23.

(90) Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

Esto quiere decir que no hay una correspondencia exacta entre los valores sociales, es decir, entre lo que dentro de la sociedad se considera desviado, desde el punto de vista de las normas sociales y los valores jurídicos.

Sostener la correspondencia exacta entre valor jurídico y valor social no siempre resulta verdadero, pero sí es útil para sostener la legitimidad de la ley, aunque no siga el mismo ritmo de evolución de las normas sociales, o bien porque la ley es impuesta por quien tiene más poder de acuerdo a sus intereses o porque existe una fuerte resistencia al cambio. De allí que puedan coincidir conducta delictiva y conducta desviada en un momento determinado sin ser lo mismo.

Los valores de la colectividad varían incluso de un grupo social a otro, de un individuo a otro. Cuando las sociedades evolucionan cuantitativamente también lo hacen cualitativamente, pero esa evolución no es general y algunas personas pueden seguir sintiendo la vieja normatividad, en tanto que otras representarán una cultura nueva. O bien la mayoría impondrá sus normas a la minoría, normas que no todo el mundo siente, porque habrá grupos que piensan de una manera y grupos que piensan de otra. No hay posibilidad de integrar a todo el mundo en la sumisión a estas normas. La criminalidad varía, la clase de criminalidad se modifica en el espacio y en el tiempo en calidad y en cantidad. Ello lo condiciona el continuo fluir, devenir y configurarse de las modalidades de

las formas sociales y estructuras (91).

El contenido de las normas penales varía, en consecuencia y son diferentes los ejes definitorios: el grado de desarrollo cultural y la evolución socioeconómica. Veamos algunos ejemplos tomados de "La Société Criminogène" de Pinatel (92).

En África, en el nivel rural, la magia es un medio importante para cometer delitos que van desde el aprovechamiento de la ingenuidad hasta la comisión de lesiones o muerte y, en el nivel urbano, el adulterio, la corrupción y el peculado, el crecimiento de bandas delictivas, los secuestros y el robo de ganado. En Argelia los delitos más resaltantes son las mutilaciones, que se utilizan como formas vindicativas, porque la mujer se considera un ser inferior y por lo tanto, mutilar a un hombre es degradarlo a la condición de mujer. Las cuchilladas son una forma cultural característica del medio y de la criminalidad rural.

En Italia, la mayor parte de los delitos se cometen en el Norte, que es la parte industrializada del país, curiosamente son de tipo pasional o cometidos por móvil de honor, a pesar de que la gente es más evolucionada. Sin embargo, como se trata de una zona de mayor afluencia migratoria de obreros del sur de Italia, hay un abierto enfrentamiento entre los valores del sur y del Norte.

(91) Vid. MERGEN, 1961, citado por ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, Tr. Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, Ed. EDESA, 1979, pág. 83.

(92) Vid. PINATEL, Jean, "La Société Criminogène", París, Calman-Levy, 1971 Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Criminología de la Reacción Social", Ob. Cit. pág. 47 y sgts.

Será interesante descubrir qué pasará con los países de Europa del Este con los cambios trascendentales que han tenido.

Se conocen, de acuerdo con Pinatel, dos tipos de delincuencia, la primera es una delincuencia adquisitiva, con fines de lucro, como apropiación de objetos de la fábrica, donde se trabaja cosas que pertenecen al Estado; y la segunda, es una delincuencia no lucrativa (ausentismo laboral, no trabajar estando en el sitio de trabajo) puesta en circulación de productos de mala calidad para el consumo de la colectividad. La valoración normativa es diferente y entonces las formas delictivas también lo son. ¿Qué pasará ahora en torno a la criminalidad con la apertura de los países del bloque socialista? ¿Cambiará el concepto de bien colectivo y la existencia de tipos legales que se relacionan con ese bien penados con sanciones de una gravedad que no se imaginaría en un sistema diferente?

El delito es variable en el tiempo y en el espacio y según el grupo social de referencia (93). En su Informe sobre descriminalización, el Consejo de Europa indica que la frecuencia de actitudes morales antagónicas hacia conductas tales como intento de suicidio, homosexualidad o incesto entre adultos que lo consientan, apenas guarda relación con la criminalización de esos tipos de conducta en un país. Por ejemplo: en el incesto, es apenas más común o aceptable en Holanda que en Dinamarca, aunque en Holanda no es punible, mientras que en Dinamarca es severamente castigado. Estas dos referencias reflejan que

(93) ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Criminología de la Reacción Social". Ob. cit. pág. 67.

el tipo de organización social condiciona lo qué es delito en un momento y lugar determinado (94).

Un ejemplo lo constituye la figura del aborto. Ha sido objeto de reformas legislativas en algunos países de Europa con vistas a su descriminalización (Francia e Inglaterra), pero la interrupción voluntaria del embarazo sigue causando polémica y prohibida penalmente en otros países.

En el Islam se permite la bigamia, en razón de la religión musulmana oficial. El adulterio no está castigado en Rusia, ni en Inglaterra y en México sí. En cuanto al incesto, se le castiga en algunos países, mientras que en Venezuela, por ejemplo, se somete a la condición de ocasionarse escándalo público. En cambio, en México, es delito y no sometido a condiciones. Según Levy Strauss, Claude, la única regla universal que existe es: "La sociedad humana en tanto que tal, es cultura -dice- y ésta no existe sino a partir del momento en que interviene la prohibición del incesto. Tal prohibición, tiene las características del instinto, pero también el carácter obligatorio de una regla absolutamente imperativa. Es por lo tanto la regla por excelencia, ya que es la única universal y asegura la colocación de la cultura" (95).

Todo esto confirma que los bienes jurídicos varían de un grupo social a otro y no es que los sujetos sean diferentes por pertenecer a un

(94) CONSEJO DE EUROPA, Descriminalización Ob. Cit. pág. 89.

(95) Vid. LEVY STRAUSS, Claude: Structures Élémentaires de la Parenté, en Introduction aux Idées Contemporaines, París, Nathan, 1969, p. 179. Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, Criminología de la Reacción Social, Ob. cit. pág. 77.

lugar o a otro, lo que pasa es que la norma penal es un punto de vista sobre lo antisocial que ha logrado imponerse sobre otros puntos de vista, en un momento y en un lugar dados: Como indica Zipf: "Lo que es el delito puede comprobarse por ello sólo dentro de una determinada situación cultural y social" (96).

En este marco de ideas no hay que olvidar que existen ciertas formas de comportamiento de la persona que existen típicamente a través del tiempo, por ejemplo, el incendio voluntario, la alteración de monedas o la estafa, que no sólo revelan ataques contra bienes permanentemente valorados, sino que revelan también conflictos socioculturales insatisfactoriamente resueltos por el Derecho Penal (97). Y, según lo apuntado por Kunkel, en Roma el crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública. Por eso surgió, ya en el curso del siglo III A. de C. una justicia policial contra delincuentes violentos, incendiarios, envenenadores y ladrones (98).

Todo tipo legal debe construirse sobre la base de protección de un bien jurídico. Hay quienes pugnan por una revisión de la parte especial de los códigos penales, poniendo énfasis en el caso de delitos contra el Estado, contra la moralidad o delitos sexuales, llegando a pensarse ideas,

(96) Vid. ZIPF, Heinz, "Introducción a la Política Criminal" Ob. Cit. pág. 81.

(97) Vid. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El Principio de Intervención Penal Mínima", Ob. cit. pág. 104.

(98) Vid. KUNKEL, Wolfgang, Historia del Derecho Romano, Barcelona. Ariel, 1972.

pensamientos, estados de ánimo, se condena al mundo desde determinadas maneras de verlo y las normas penales, al pretender la protección de éstos, recaen en actos humanos derivados de relaciones sociales, fundamentales no sólo para cada miembro de la sociedad, sino para el funcionamiento mismo del sistema.

3. PROCESO CRIMINALIZACION - DESCriminalIZACION

3.1 CRIMINALIZACION LEGAL (DE IURE).

Es el momento de abordar el problema de la facultad estatal para definir y castigar el ámbito de lo punible.

Las legislaciones penales contemporáneas muestran un aumento del derecho penal -un verdadero desequilibrio- que resulta contradictorio con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y ultima ratio, que deben regir el correspondiente *ius poenale*.

El legislador lleva a cabo la criminalización de conductas que es el acto o conjunto de actos dirigidos a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita mediante la creación de una norma. Es la conducta que se considera antisocial, según los parámetros legales y sociales. Lo antisocial está dado por aquellas actividades o inactividades que intencionalmente o por descuido y no existiendo necesidad atacan bienes, individuales o colectivos, de origen social que son necesarios para conservar la existencia de la sociedad. Es una criminalización de *iure*, es simbólica: "Criminalización es el proceso por el cual determinadas

conductas son incluidas en la lista de actos criminales de los códigos penales o leyes afines" (99).

La Criminalización de iure -simbólica- demuestra que algo se está haciendo en relación a una conducta aunque no siempre se traduce en criminalización real. Lola Aniyar cita un ejemplo que demuestra lo afirmado: "Un ejemplo muy claro lo encontramos en la creciente tendencia de criminalizar (de iure) las conductas ilícitas o antisociales de los grandes sectores financieros, las transnacionales entre otros. Las sanciones efectivas son prácticamente inexistentes salvo algunas cuantas multas que son rápidamente transferidas a los costos y por lo tanto a los consumidores" (100).

La criminalización debe realizarse a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y se sancionan en un número limitado porque la forma de abordar la criminalización de iure se da cuando se consideran las influencias del sistema social en el sistema penal intentando organizar el sistema penal cuestionando sus intenciones últimas que, finalmente, se convierten en una decisión política.

En los códigos penales no es fácil determinar los criterios para seleccionar conductas, por qué prisión en vez de arresto, si se ha tomado

(99) RICO, José María, Las sanciones penales y la Política Criminológica contemporánea, 2a. Edición, México, Siglo veintiuno Editores, 1982. pág. 131.

(100) ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso", Ob. cit. pág. 347.

en cuenta o no la presión pública, si se ha tomado en cuenta la capacidad real de aplicar estas medidas. Es claro que criminalizar se ha convertido, paradójicamente, en la mejor solución de conflictos a pesar de que lo legal no significa siempre justicia. López Rey lo expresa así: "Los textos penales constituyen la base de las actividades del sistema penal. Su alcance y aplicación viene en gran parte determinada por la índole y estabilidad o no del poder, las condiciones de desarrollo y desigualdad, la condición humana y el propio sistema penal" (101).

Las causas para criminalizar conductas se encuentran en el fracaso de las estructuras tradicionales de control informal y en la tendencia de regular jurídicamente a la sociedad moderna. Pero a pesar de ello tal actividad sólo puede legitimarse en la sociedad, más aún, el legislador interviene legítimamente en el proceso de criminalización respetando los fundamentales principios de legitimidad democrática, pluralismo social y ultima ratio (102).

El Estado debe criminalizar conforme al requisito rector que es la exclusiva protección de bienes jurídicos, entendidos como síntesis normativas de relaciones sociales concretas y enfrentamiento a necesidades reales que la sociedad demande, pues debe tenerse en cuenta que si el Estado Democrático decide incriminar una conducta lo hace porque significa el reconocimiento del fracaso de su política social.

(101) LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, La Justicia Penal y la Política Criminal en España, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, pág. 91.

(102) Vid. BUENO ARUS, Francisco, Los aspectos criminógenos de la ley penal, Revista Jurídica La Ley, Madrid, EDILEX, No. 1, 1984, p. 1074.

El Estado debe enfrentar esta tarea seleccionando rigurosamente bienes jurídicos e intereses estatales que exija la demanda social y que son condiciones esenciales para el progreso personal y social, a veces intereses colectivos, como, la seguridad interior o Exterior del Estado, la recta administración de la justicia, la fe pública, la salud pública etc. y en otros intereses individuales como por ejemplo, la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad, la seguridad, la propiedad etc. Como se ve el problema no es la elaboración de códigos éticos, sino de una efectiva política criminal y esta creación se realiza tomando en cuenta los siguientes principios: (103)

- a) Las leyes penales indican el mínimo ético-social que ha de dominar la vida comunitaria.
- b) Ese mínimo se expresa en la prohibición de determinadas acciones u omisiones que atentan contra intereses que, precisamente por ser tenidos como esenciales por la mayoría de los ciudadanos, delimitan las acciones que la comunidad no puede tolerar: las dirigidas contra ellos.
- c) Todas las leyes penales deben proteger bienes jurídicos encarnados por intereses valorados de forma positiva y esencial por la comunidad. Se trata de examinar empíricamente, superando el ámbito de la ética social, hasta qué punto la criminalización de un determinado comportamiento contribuye a la salvaguarda del orden social y el efecto que produce la prohibición penal no ya en la conducta concreta directamente afectada, sino en otros problemas sociales relacionados con la misma, esto significaría que la estigmatización de una conducta como criminal sólo debe recaer

(103) Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Represión penal y Estado de Derecho, Barcelona, Ed. Dirosa, 1976, págs 83 y sgts.

sobre aquellas normas respecto a las que existe total consenso y no sobre las susceptibles de diversas interpretaciones o que no existan a la interpretación mayoritaria (104).

- d) Si la ley penal tutela valores o intereses que afectan o preocupan a un grupo, entonces esa ley no será derecho.

Con estos criterios, el legislador no sólo debe atender al daño ético porque tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que atender a la dañosidad social conforme a la cual, no toda lesión de un interés humano exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además presenta el carácter de socialmente dañosa porque en sus efectos lesivos trasciende del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que ésta última sufre. El cambio valorativo está en toda decisión legislativa. Al respecto García Pablos indica: "Los movimientos político criminales de neocriminalización (incriminación de conductas antes no castigadas) y de descriminalización (fenómeno inverso) expresan ese continuo cambio valorativo al que se hallan indefectiblemente expuestas las decisiones de todo legislador" (105).

De allí que la intervención punitiva se dirija exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas, pues, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza

(104) Vid. STRATENWERTH, G. Cit. por GARCIA PABLOS DE MOLINA. Antonio, "Problemas actuales de la Criminología", Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pág. 135.

(105) GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Manual de Criminología", ob. cit. pág. 70.

penal.

Si el legislador antes de aplicar otros medios jurídicos civiles, administrativos, fiscales etc., menos gravosos, recurre ya a la sanción penal, criminalizando más hechos de los que se debían castigar, entonces se crea, como lo menciona Rodríguez Mourullo una recusable hipertrofia del Derecho Penal, que utilizada abusivamente con fines políticos desencadena el denominado terror penal (106).

Cuando las incriminaciones penales contemplan en exceso actividades, ello refleja que el sistema penal es inseguro en su actividad criminalizadora y se torna en ejercicio abusivo del poder: Cuando por una administración de justicia penal insegura en sí misma se torna vacilante la vigencia de los deberes ético sociales, sacude todo el mundo del valor ético (107).

En una sociedad y en un Estado que se autodefinen como pluralistas (108) la legislación penal debe coincidir con valores constitucionales y no con la moral o la ideología política de la clase dominante, lo contrario significa la creación de delitos artificiales (109),

(106) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal. Parte General, Madrid, Civitas, 1977, pág. 20.

(107) Vid. WELZEL, Hans, Derecho Penal, Parte General, Ob. cit. pág. 17.

(108) El artículo I de la Constitución Española.

(109) La existencia de tales delitos se observó en el ordenamiento español con anterioridad a 1975, pero la derogación del Decreto de 21 de septiembre de 1960 y el Decreto Ley de 26 de agosto de 1975, así como por leyes de 19 julio de 1976, 15 de marzo y 28 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1980, la reforma del Código de Justicia militar de 6 de noviembre de 1980, modifican la situación. No obstante la ley de 4 de mayo de 1981 de defensa de la Constitución reguló los delitos de rebelión y asociaciones ilícitas.

supervivencias anacrónicas o delitos de bagatela.

Se actúa en realidad imponiendo como valores fundamentales la situación de hegemonía política, la moral religiosa con raíces históricas o los intereses particulares de grupos determinados. Por eso el legislador debe remover los obstáculos que dificulten la participación efectiva de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural para modificar estructuras sociales injustas. Ya Gimbernat lo indicó: "he aquí la función primordial de la dogmática jurídico penal en un Estado social y democrático de Derecho: mantener el Derecho Penal bajo control para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica" (110).

En el mismo sentido se pronuncia Cerezo cuando afirma: "el legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigo, como delitos de conductas cuya relevancia ético social o cultural sea escasa" (111).

En cuanto al contenido y número de conductas punibles, éste varía en función del tipo de sociedad y cultura y se constituyen como medio de control que delimitan, describen y reprimen formas de conducta y contribuyen a la integración social y a la garantía de la conformidad del comportamiento (112). Aunque es bien cierto que, el criminalizar

(110) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? en Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pág. 81.

(111) CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, 2a. edición, Madrid, Ed. Tecnos. 1981.

(112) Vid. KAISER, Günter, Introducción a la Criminología, Ob. Cit. pág. 75.

legalmente, es decir, que el conminar penalmente no basta para alcanzar un comportamiento ajustado al derecho, prueba de ello es el número de normas penales que se ha multiplicado sobre todo en delitos relacionados con drogas y los económicos.

El problema central consiste en determinar qué cantidad de penalización es imprescindiblemente necesaria, por su contenido y forma para asegurar los valores jurídicos elementales reconocidos en una sociedad y alcanzar los objetivos legales más allá de los intereses del poder, es decir más desde la óptica del bien jurídico.

La criminalización legal de conductas se ve favorecida por las opiniones de legisladores y jueces, más basadas en la doctrina que en la realidad social y muchas veces sin considerar su costo social. A esta conclusión llega el Consejo de Europa en su Informe al decir que: "No hay ninguna obligación de aprobar por votación los fondos para recursos adicionales que pueden ser necesarios para los servicios penales. Cuanto más serias son las dificultades financieras del gobierno, más fuerte es la presión para que una mayor cantidad de actos sean consagrados como delitos, ya que la criminalización permite postergar la atención de los costos y se la considera como la salida mas fácil" (113).

También se ve favorecida como aparente solución a un problema social por la presión de la opinión pública o de ciertos grupos interesados en la criminalización de ciertos comportamientos contrarios a sus intereses, así, la criminalización en los comportamientos de los más

(113) CONSEJO DE EUROPA, DESCRIMINALIZACION, Ob. cit. pág. 62.

débiles, lo que supone una criminalización más de individuos que de conductas (114). Y es que una de las razones para ampliar el campo de los delitos penales es que (en apariencia y a corto plazo) la criminalización resulta la forma más económica y fácil de tratar -al menos simbólicamente- los problemas que tienen importancia política en determinado momento.

Criminalizar refleja la existencia de una conducta problemática realizada por sujetos, que el sistema penal no cuenta con adecuados enfoques no penales y que conviene más criminalizar, pues los costos sociales de la descriminalización son altos.

La creación de normas penales no es el resultado de un consenso colectivo. En las sociedades diferenciadas de difícil manejo y de variados núcleos culturales, el consenso colectivo no puede significar sino un criterio impuesto por los grupos que tienen el poder y que simplifican así las divergencias en beneficio de sus intereses. Ya Quinney lo definió como meras ilusiones de orden: "El Estado y las leyes son categorías materializadas, son una ilusión de orden, de estabilidad, de consenso colectivo, de común acuerdo. Pero su esencia está en que son instrumentos para preservar los intereses de la clase dominante" (115).

La imposición de las reglas es una cuestión de poder político y

(114) Como el caso de grupos de presión que piden castigos más severos contra el aborto y la pornografía, contra la corrupción, el alcoholismo y la drogadicción o asociaciones de comerciantes que presionan contra la descriminalización del hurto en tiendas. Son grupos organizados para influir en la política legal.

(115) QUINNEY, Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, Criminología de la reacción social, Ob. cit. pág. 106.

económico ya que los grupos cuya posición social les proporciona armas y poder, están mejor capacitados para imponer su punto de vista, sus reglas. Al respecto Becker cita casos de promulgación de leyes cuya realidad estuvo determinada, cuando no fuertemente influida, por grupos importantes de presión, como cuando en Estados Unidos se prohibieron prácticamente todas las actividades relativas a cultivo, procesamiento y distribución de la marihuana, un grupo organizado de productores de alimentos para pájaros, en cuya composición entraba la semilla de la marihuana, logró sobre la base de la presión que significa un grupo cohesivo y organizado de industriales, que esta actividad no estuviera cubierta por la ley (116).

Por otra parte, para que la normatividad penal no se convierta en una imposición, deben excluirse aquellos comportamientos que puedan resolverse a través de mecanismos de control social formal e informal (117), que convierte la actividad criminalizadora en un compromiso estatal, es decir en la presencia de una política social que no se ha perdido de vista ya que la actuación penal depende en mucho de la forma en que se encuentra la organización penal y no penal (118).

De este modo, temas tales como las injurias, la blasfemia o el escándalo público podrían verse relegados hasta su casi desaparición de

(116) Vid. BECKER, Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la Reacción Social*, Ob. Cit. pág. 110.

(117) Los controles sociales formales e informales de otra clase se extienden a toda institución social, legal, privada y pública concebible, incluyendo fundamentalmente la familia, la escuela, y la situación laboral.

(118) Debería crearse un comité gubernamental que estudie previo a la creación de normas penales, su razón de ser y su costo.

la escena penal, pero no de la civil (honor) o de la buena educación (religión, sexo) y otros, en cambio, podrían emerger, si además se diera la circunstancia de la voluntad política de salir del estado del papel mojado (orden socioeconómico, terrorismo, delitos del Estado contra las libertades públicas, patrimonialización de los servicios públicos etc.).

Por eso el Derecho Penal no debe intervenir en conductas que no causan un daño social ni para imponer ideas morales, religiosas y filosóficas y, en cambio, aumentar las sanciones de aquellos hechos que pongan en peligro el ambiente o la salud colectiva y descriminalizar aquellas situaciones que no producen efectos perjudiciales, o que producen efectos mínimos.

Tampoco debe centrarse la criminalización en criterios de nocividad o peligrosidad pues no son muy claros y casi todo comportamiento puede tener algo de nocivo y peligroso y no por ello ser acreedor de sanción penal.

En torno a ello hay unos criterios elaborados por Hulsman, rectores de la tarea criminalizadora (119):

1. No debe criminalizarse concepciones morales (120)
2. No debe criminalizarse para hacer creer que se solucionó un

(119) Vid. HULSMAN, L. H. C. Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema Penal y Sistema Social". Ob. cit. pág. 350 y sgts.

(120) En este sentido se pronuncia QUERALT, Joan J., quien al exponer su tesis sobre el bien jurídico expresa que no parece que el Derecho Penal esté llamado a proteger meros sentimientos morales porque no le corresponde la satisfacción de las conciencias, en "De Algunas bases del Derecho Penal Español", Anuario de Derecho Penal Tomo 38, fasc. II, mayo-agosto 1985, pág. 314.

problema.

3. Ni comportamientos generalmente de grupos débiles.
4. Ni comportamientos que sólo puede conocer la policía cuando investiga por propia cuenta y no mediante denuncia.
5. Ni comportamientos demasiado frecuentes como el aborto, por ejemplo.
6. Ni comportamientos que son de la vida privada de los sujetos (121).
7. Ni criminalizar comportamientos que la mayoría considera admisibles.

Todo esto se haría después de una evaluación sobre la capacidad real que el sistema penal tiene para encargarse de nuevas tareas, sin abandonar aquellas que viene desempeñando. Por ejemplo, tendrán que observarse estos lineamientos en nuevas formas de conducta como la contaminación, interferencias telefónicas, la publicidad mentirosa. En otros términos el Derecho Penal debe tutelar intereses que requieren ser defendidos, como las violaciones producidas por la criminalidad económica o bien criminalizar nuevas formas de agresión de los derechos y libertades individuales; o comportamientos que hoy se sienten dañosos para la colectividad por afectar a la salud colectiva, y la definición del bien jurídico en conductas verdaderamente graves como la violación y se menciona porque viene a colación el caso español. En reciente reforma (122) se definió el bien jurídico tutelado como "libertad sexual", en vez de

(121) Para Hulsman el incesto es un ejemplo. Por todo ello Hulsman se pregunta: si la ley no sirve para controlar, podemos preguntarnos ¿por qué criminalizar? Hulsman, L.H.C. Ob. cit., pág 350 y sgts.

(122) B.O.E. 22 de junio de 1989.

la anterior expresión de "honestidad", que no era auténtica. La modificación introducida en el Cap. 1 del título IX, del Libro II, supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal, el rectal y bucal y considerar como sujetos pasivos tanto al hombre como a la mujer. Ello afirma la idea de que el legislador debe describir los hechos tal y como ocurren en la realidad social. También se tipifican como delitos los llamados malos tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge, cuando, a pesar de integrar una sucesión de faltas, se producen de modo habitual. De igual forma, se tipifica una modalidad de abandono de familia, consistente en el impago de prestaciones económicas (sin embargo en este caso, la sanción debería ser civil más que penal), y también una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad (123).

Entonces ni concepciones morales, religiosas o ideológicas propias de sectores particulares de la sociedad, pues no se trata de obtener a través de las normas y de su aplicación, la adhesión de quienes las sufren a un determinado sistema organizativo social (124). De ahí que los códigos penales deban ser textos universales al contemplar sólo las

(123) Ley Orgánica 3/1989. 21 de junio, Actualización del Código Penal Español. B.O.E. 22 de junio de 1989.

(124) Por ejemplo, es posible que comportamientos claramente desaprobados desde el punto de vista ético social resulten, sin embargo, no punibles, por lo que la ética social no puede ser la última instancia en la descripción de la conducta criminal. Si fuese así, solamente podría ser objeto de protección el orden moral en su forma históricamente determinada, aunque este orden haya quedado tan rezagado con respecto al desarrollo social, económico, técnico, etc.

conductas rechazadas por la comunidad a la que se aplican.

Sin embargo, la ley penal se torna ilegítima cuando tipifica:

1. Conductas delictivas que socialmente no merecen serlo por defectos de política criminal que puede dar lugar a una extensión desmesurada de los delitos tipificados en la misma.
2. Con rigor excesivo creando penas injustas o desproporcionadas.
3. Casos en que leyes no penales imponen sanciones que constituyen auténticas penas como las sanciones administrativas, convirtiendo de hecho en delictivas, conductas que jurídicamente no lo son.
4. Sólo comportamientos de determinados grupos sociales y tolera los de determinadas clases o grupos.

Son cuatro ejemplos de problemas que suelen presentarse en los ordenamientos penales. Al respecto no se puede ignorar lo planteado por Hirsch, que los bienes jurídicos protegidos en cada círculo penal son semejantes y muchos tipos han sido creados de manera similar y que los cambios que se dan en las concepciones valorativas de las diversas sociedades, hacen que algunos de estos ordenamientos jurídicos presenten problemas de reforma a través de nuevas manifestaciones de comportamientos antisociales. (125).

Por lo expuesto, se ha argumentado en favor de una descriminalización parcial, una política restrictiva respecto del uso de la ley

(125) HIRSCH, Hans Joachim, "Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, No. 11, Madrid, 1986, pág. 382.

penal y una radical no intervención con respecto a determinados delitos y determinados delincuentes. Ha llamado la atención sobre los delitos mucho más graves que se cometen por los poderosos y se reclama un cambio en las actividades de la justicia penal, desde los débiles y las clases trabajadoras, hasta el delito de cuello blanco.

Hulsman sostiene que una de las maneras de construir la realidad social es precisamente la criminalización y afirma que, cuando se quiere criminalizar, esto implica que se:

- a. Juzga no deseable un determinado acontecimiento o situación.
- b. Atribuye ese acontecimiento indeseable a un individuo.
- c. Aborda esta especial clase de conducta individual con un específico estilo de control social: el estilo de la punición.
- d. Aplica un estilo muy particular de punición que se ha desarrollado en un particular contexto profesional (legal) y que se basa en una perspectiva escolástica (juicio final) del mundo.
- e. Desea operar en un marco organizativo: la justicia penal (126).

Es la creación de normas jurídico penales el último recurso para tratar la antisocialidad que tiene el Estado, por ello requiere de una comprobación empírica. La Sociedad debe indagar en sí misma qué comportamientos son criminalizables. Se coincide con Zipf en que: "la concreta lesividad social de determinadas formas de comportamiento no puede averiguarse de modo puramente especulativo, sino sólo

(126) Vid. Hulsman, L.H.C. Citado por Aniyar de Castro, Lola, "Sistema Penal y Sistema Social" Ob. cit. pág. 351.

determinarse mediante una valoración empírica de la situación social' (127). Por tanto, antes de tipificar como delictivos actos que anteriormente eran lícitos, tendría que darse la existencia de un peligro para el grupo social y la ineficacia de las intervenciones no penales.

La función punitiva tendría entonces que orientarse con los siguientes criterios que, además de los expuestos, apoyan la actividad legislativa:

1. Evaluación de sus posibilidades reales.
2. Evaluación de las posibilidades que ofrecen otras normas del sistema jurídico (buscando satisfacer a las víctimas con otros medios distintos al penal) que son menos caros y tienen mejores resultados.
3. Establecer si, criminalizando, se evita la venganza privada, si se satisface psicológicamente a la víctima, si se satisface su sentido de la justicia.
4. Evaluar el daño que causa la estigmatización cuando se traslada un hecho a la esfera penal, o cuando, se mantiene su permanencia.
5. Considerar si la sanción penal es eficaz.
6. Considerar si el efecto de la cifra negra anula la criminalización de derecho.
7. No criminalizar cuando los costos de esa criminalización son mayores que los de la exclusión de tipos (evaluados los costos individuales y sociales de la pérdida de la libertad, los costos para la administración de la Justicia Penal y los de los posibles efectos

(127) ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, Ob. cit. pág. 99.

colaterales).

Las normas penales han de responder a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y la sociedad misma coadyuvar a las modificaciones estructurales oportunas para hacer menos favorables las circunstancias que pueden dar lugar a la delincuencia o al menos a determinadas formas de delincuencia y, dentro de los criterios informadores de la actividad criminalizadora, se encuentran aquellos hechos graves que, a pesar de existir una criminalización real de los mismos, sin embargo, no se encuentran criminalizados legalmente.

Hirsch presenta dos ejemplos en materia de criminalización:

Dentro del rubro de criminalización de nuevos comportamientos que cobran singular importancia, está, en primer lugar, la delincuencia mediante computadoras, que se menciona entre los nuevos proyectos legislativos en Alemania, la manipulación de procesos de cálculo automatizados. Conforme a ello se pena a aquel que daña el patrimonio de otro, manipulando el resultado de un procesamiento electrónico de datos mediante: estructuración incorrecta del programa, influjo sobre su desarrollo o empleo de datos incorrectos o incompletos, además debe establecerse una disposición penal, para el caso de falsificación de datos almacenados.

En segundo lugar, está el problema inherente a la fecundación in vitro. Mientras que el embrión se encuentre fuera del seno materno, permanece sin protección penal. Los tipos de homicidio o lesiones resultan inaplicables por la falta del bien jurídico "Ser humano". Se podría,

sin consecuencias penales, utilizar el embrión para realizar experimentos y también matarlo impunemente en cualquier momento. La prohibición penal es que los embriones humanos fueran desarrollados fuera del seno materno para fines científicos o de utilización comercial, una vez que haya comenzado el proceso de especialización celular. Además, cada día cobra mayor importancia la maternidad prestada (128).

Para finalizar con este apartado de la criminalización, no puede dejar de mencionarse por su importancia, que hay una necesidad de criminalización real de comportamientos graves que, sin embargo, no están criminalizados legalmente. Son comportamientos que ocasionan un daño importante a los intereses de la comunidad, aun cuando no estén previstos como delito en el código penal, bastando con que se encuentren en leyes especiales y sancionados en forma de multas, suspensión de licencias etc.

Versele habla de estos comportamientos: "además de la cifra negra de los delincuentes que escapan a toda detección oficial, existe una cifra dorada de delincuentes que detentan el poder político y que lo ejercen impunemente, lesionando ciudadanos y a la colectividad en beneficio de su oligarquía, o que disponen de un poderío económico que se desarrolla en detrimento de la sociedad" (129).

(128) Vid. HIRSCH, Hans Joachim, "Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania", Ob. cit. págs. 389 a 392.

(129) VERSELE SEVERIN, Carlos, Informe a la 2a. Sección del V Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento del delincuente, Ginebra, 1975.

Son los delitos de Cuello Blanco cometidos por las grandes corporaciones o por individuos que abusan de su poder económico o que causan un daño excepcionalmente grande, son verdaderamente un desafío a la comunidad y pueden requerir, en los casos apropiados, un mayor alcance del derecho penal (130).

3.1.1. Criterios en la elaboración del contenido de las normas penales. Tipos y magnitud de las penas.

En cuanto a la elaboración de normas jurídico penales se recomienda seguir los siguientes criterios:

A. TIPOS.

1. Prohibición de tipificación con límites inciertos.
2. Prohibición de afectaciones del *nullum crimen sine actio*.
3. Prohibición de tipificaciones en que no se afectan bienes jurídicos.
4. Prohibición del desconocimiento de principios básicos en materia de tentativa inidónea o delito imposible.
5. Reconocimiento del principio *Non bis in idem*.

B. MAGNITUD DE LAS PENAS.

1. Jerarquía de bienes jurídicos.
2. Proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la punibilidad.
3. Magnitud de las penas.

(130) Al respecto consúltese CONSEJO DE EUROPA. DESCRIMINALIZACION, Informe. Ob. cit. pág. 192.

Una legislación que viole estas prohibiciones se convierte en un sistema cerrado que obstruye el camino para la solución de problemas, que aparta la dogmática de las decisiones valorativas político criminales y por otro, la incomunica de la realidad social en lugar de dejarle abierto el camino a ella.

A. TIPOS

1. Prohibición de tipificación con límites inciertos

La lectura de los textos legales nos presenta un mínimo de tipos penales cuyos límites semánticos son inciertos. Un tipo así, revela que hay que extremar el cuidado en su redacción y que el principio de legalidad no puede perderse de vista por ser una garantía.

Cuando el acto legislativo es impreciso delega en el poder judicial la función de definir el tipo, lo que resulta inadmisibile porque no hay derecho humano que no resulte directa o indirectamente violado: la detención arbitraria, el arbitrario sometimiento a proceso, la prisión preventiva. Todos ellos causan afectaciones no sólo en la libertad, sino en la destrucción moral y aun física de las personas. A todo ello puede llegar un tipo con límites inciertos alterando por completo el principio de legalidad con la elaboración de tipos abiertos, con un lenguaje legal impreciso y llegando al empleo del recurso de la analogía la que obviamente perjudica.

Ejemplos de estos tipos son:

a. Ocultamiento del verbo típico:

Si el tipo describe una acción, requiere un verbo, pues los verbos son las palabras que gramaticalmente individualizan las acciones. Sin embargo, hay tipos penales sin verbo, como por ejemplo, el tipificar la corrupción de menores (131).

b. Empleo de elementos normativos equívocos.

No es exacto que las referencias normativas resten certeza a los tipos pero son frecuentes los empleos de remisiones a pautas éticas o normativas extrajurídicas que disminuyen el grado de certeza típica. Ejemplos de estas expresiones son: "obscena" (132); "tráfico inmoral" (133); "moralidad" (134); "corrupción" (135).

Otros elementos normativos que son interpretados conforme a

-
- (131) El Código Penal Español ofrece algunos ejemplos. Artículo 452 bis, b), 1º: el que promueva favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de 18 años; artículo 452 bis, c) : al queuviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote.
- (132) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 431: "el que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales".
- (133) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 452 bis, a), 3º. "el que retuviere a una persona contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral".
- (134) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 489 referido al abandono de familia y de niños: "el que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor lo entregue a un establecimiento público o a otra persona, sin anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto... si a consecuencia de la entrega se pusiere en peligro la salud o la moralidad del menor.
- (135) Ejemplo tomado del Código Penal Español, en los delitos relativos a la prostitución, artículo 452 bis, b) 1º.: "El que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años".

normas extrapenales son los conceptos de "servicio público" (136); "quiebra" (137); "depósito miserable o necesario" (138); "contrato simulado" (139) "obligación de entregar o devolver" (140).

En cuanto a las expresiones obscena, tráfico inmoral, moralidad y corrupción son elementos normativos de raíz ética que pueden tener diverso alcance pues se les puede identificar con la moral del sujeto y con la ética social, con el orden moral o con la moral general debido a su total indeterminación.

c. Tipificaciones abiertas y ejemplificativas.

Algunos tipos mencionan "ejecución de actos", "actos de cualquier clase", "empleo de cualquier medio", expresiones todas ellas que evidencian falta de claridad y precisión en la determinación legal de la

-
- (136) Ejemplo tomado del Código Penal Español, en los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, artículo 165: "el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho".
- (137) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 520: "El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al código de comercio..."
- (138) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 526: "Las penas señaladas en esta sección se impondrán en su grado máximo al quebrado o concursado que no restituyere el depósito miserable o necesario."
- (139) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 532.2, delitos de estafas y otros engaños: "el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado".
- (140) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 535: "los que en perjuicio de otro se apropiaren a distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión, o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos..."

conducta delictiva.

Los tipos abiertos son una modalidad que en ocasiones se refieren a la infracción de deberes y su contenido ha de buscarse en tratados internacionales, leyes y reglamentos, autorizaciones y órdenes de la autoridad, convenios colectivos sindicales, o en la costumbre. Así por ejemplo, tratados internacionales en delitos contra el derecho de gentes (141); en leyes y reglamentos (142); autorizaciones y órdenes de la autoridad (143); convenios colectivos sindicales (144). También significa la remisión a otras normas el empleo de términos como "ilegal" o "ilegalmente" (145); "clandestino" (146).

-
- (141) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 137: "el que violase la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de una persona internacionalmente protegida por un Tratado".
 - (142) Ejemplo tomado del Código Penal Español, en delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, artículo 194: "la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes".
 - (143) Ejemplo tomado del Código Penal Español en delitos de falsificación de moneda, artículo 284: "A los efectos penales se entiende por moneda el papel moneda, los billetes del Estado y de banco, la moneda metálica y los demás signos de valor de curso legal emitidos por el Estado u organismos autorizados para ello".
 - (144) Ejemplo tomado del código Penal Español en delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, artículo 499 bis, 1º: "el que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales".
 - (145) Ejemplo tomado del Código Penal Español en delitos de tenencia de armas, artículo 255: "Que las armas fueren extranjeras y hubieren sido introducidas ilegalmente en territorio español".
 - (146) Ejemplo tomado del Código Penal Español artículo 213: En los delitos cometidos por medio de la imprenta "cuando lo estime procedente, y lo decretará siempre y cuando fuere clandestina".

Otra forma de imprecisión típica la constituyen también las tipificaciones enunciativas o ejemplificativas, que ensayan la descripción de una serie de supuestos y apelan luego a la analogía con los mismos, lo que conduce a una interpretación jurisprudencial que puede caer en la contradicción y así mientras que la analogía por el principio de legalidad está prohibida en el ámbito penal para constituir delitos, penas, medidas de seguridad o agravación de penas, lo cierto es que el legislador recurre a ella en la configuración de tipos dejando al arbitrio judicial la interpretación de los mismos creando secuelas de inseguridad y subjetivismo. Algunos ejemplos pueden serlo: "análoga relación de afectividad" (147); "otros medios eficaces" (148); "otros medios directos y

-
- (147) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 11: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor". Esta es una fórmula introducida en la reforma de 1983. De igual forma ejemplifica el artículo 18 CPE: "Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad..."
- (148) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 121,3: "comete delito de traición el español que dentro o fuera del territorio de la Nación, reclutare gente, suministrare armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas, o para atentar contra la seguridad del Estado en cualquier otra forma". Cabe decir que "en cualquier otra forma" es también un término impreciso.

eficaces" (149); "otros actos de grave hostilidad" (150); "de un modo que no esté comprendido en este capítulo" (151); "aparatos similares" (152); "cualesquiera otros hechos" (153); "cualquier otro medio peligroso" (154); "cualquier hecho delictivo" (155); "otros actos semejantes" (156); "por

-
- (149) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 122, 3.º, del delito de traición: "el español que, dentro o fuera de la Nación, suministrare a las tropas enemigas, sediciosas o separatistas, caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de boca y guerra u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España..."
- (150) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 129, del delito de traición: "Si el culpable tratare de provocar una guerra o un movimiento rebelde o sedicioso u otros actos de grave hostilidad contra España..."
- (151) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 131: "el funcionario público que, abusando de su cargo, comprometiese la dignidad o los intereses de la Nación española, de un modo que no esté comprendido en este capítulo..."
- (152) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 139: "las penas señaladas en este artículo y en el anterior son aplicables a los delitos que se cometieren contra aviones, aeronaves o aparatos similares".
- (153) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 150: "incurrirán en la pena de confinamiento los que promovieren, dirigieren o presidieren manifestaciones u otra clase de reuniones al aire libre en los alrededores del palacio de las Cortes cuando estén reunidas serán considerados como promovedores o directores de dichas reuniones o manifestaciones los que por los discursos que en las mismas pronunciaren, impresos que publicaren o en ellas repartieren por los lemas, banderas u otros signos que ostentaren o por cualesquiera otros hechos, ...".
- (154) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 167, 2.º: "son reuniones o manifestaciones ilícitas aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos".
- (155) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 174 bis: "el que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas..."
- (156) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 216: "cuando la rebelión no hubiere llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán por tales los que de hecho dirigieren a los demás, o llevasen la voz por ellos, o firmaren los recibos u otros escritos expedidos a su nombre, o ejercieren otros actos semejantes de dirección o representación".

cualquier otro medio" (157); "otro instrumento a propósito" (158); "otros que puedan producir el mismo efecto" (159); "otro procedimiento de difusión" (160); "cualquiera otra clase de sustancias" (161); "por medios análogos" (162); "otros medios peligrosos" (163); "otros bienes de reconocida utilidad social" (164)

-
- (157) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 216 bis, a): "la conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los arts. 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta la radiodifusión o ~~por cualquier otro medio~~ que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos.
- (158) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 225: "luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad gubernativa intimará... las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional, si fuere de día y si fuere de noche requiriendo la retirada a toque de tambor clarín u ~~otro instrumento a propósito~~".
- (159) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 249 bis: "los que con ánimo de causar alarma afirmaren falsamente la existencia de aparatos explosivos u ~~otros que puedan producir el mismo efecto...~~".
- (160) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 268: "el que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u ~~otro procedimiento de difusión...~~".
- (161) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 314: "el que fabricare, introdujere o facilitare cuño, sello, marca, signo, dibujo, filigrana, papel filigranado, tinta especial o ~~cualquier otra clase de sustancias~~".
- (162) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 463: "se equiparan a las de párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas o por discursos o gritos en reuniones públicas o por radiodifusión, o en circunstancias o ~~por medios análogos~~".
- (163) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 501, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas: "cuando el delincuente hiciere uso de las armas u ~~otros medios peligrosos~~ que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida...".
- (164) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 529, 1º: "cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u ~~otros bienes de reconocida utilidad social~~".

"cualquier otro género de defraudación" (165); "o cualquier otro artificio" (166); "cualquier otra maquinación" (167); "cualquier otro medio de destrucción semejante" (168); "institución análoga" (169).

El principio de "nullum crimen sine lege stricta" no se cumple pues no hay una precisa determinación que constituye una garantía como Rodríguez Mourullo indica: "... la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona cuyo logro representa para un Estado de Derecho una verdadera exigencia ética" (170).

-
- (165) Ejemplo tomado del Código Penal Español, de las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, artículo 537: "el que con ánimo de obtener lucro ilícito en perjuicio del consumidor, alterare maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores del fluido eléctrico o cometiere cualquier otro género de defraudación".
 - (166) Ejemplo tomado del Código Penal Español, de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, artículo 539: "los que soliciten dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública y los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio".
 - (167) Ejemplo tomado del Código Penal Español, de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, artículo 540 "serán castigados con las penas de prisión menor y multa... los que difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenazas o engaño o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de... o cualesquiera otras cosas...".
 - (168) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 554, de los estragos: "... el que causare maliciosamente daños de cualquier cuantía mediante destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave... o de cualquier otro medio de destrucción semejante a los expresados...".
 - (169) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 558, de los daños: "En un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga...".
 - (170) RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Principio de Legalidad, 1971, citado por MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Ob. cit. pág. 146.

d. Lenguaje legal impreciso.

El legislador usa un lenguaje legal impreciso cuando emplea conceptos indeterminados o expresiones vagas o equívocas como las siguientes en que el Principio de legalidad no está presente: "miembro principal" (171); "alguna clase de personas"; "cualquiera clase del Estado", "o que de cualquier forma alteren su regularidad" (172).

Ante lo expuesto es necesario insistir, y aunque la Jurisprudencia intenta reducir su alcance no lo logra, no evitando así que autoridades judiciales causen o cometan arbitrariedades. Por eso es necesario que el legislador al criminalizar emplee el lenguaje más depurado y preciso al elaborar tipos, que procure precisar el verbo típico evitando referencias descriptivas equívocas, elementos normativos éticos o jurídicos no delimitados, evitando elementos subjetivos inciertos. Labor ésta que ha de ser vigilada por la doctrina y la jurisprudencia al forzar al legislador a actuar con certeza y que cuando los límites típicos sean imprecisos se los interprete sin excepción conforme al mínimo de

(171) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 419, de las lesiones: "el que de propósito causare a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o deformidad...".

(172) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 218, 5º.: "despojar con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios a alguna clase de personas, al municipio, a la provincia o al Estado, o dañar o destruir dichos bienes. Artículo 218, 4: "ejercer con un objeto político o social, algún acto de odio o de venganza contra los particulares o cualquiera clase del Estado."---

Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 222,1: "los funcionarios encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad ocasionen trastornos a los mismos o que de cualquier forma alteren su regularidad".---

punibilidad. De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia formal de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no es. Se vulnera con ello el aspecto material del principio *nullum crimen sine lege* (stricta) (173).

2. Prohibición de afectaciones del *nullum crimen sine actio*.

Todo delito es una conducta humana, sin embargo hay tipos legales que violan este principio. Existen varias maneras de lesionarlo y una de ellas es la tipificación de "tenencias" (tipos o delitos de tenencia).

Las tenencias de estupefacientes, armas, elementos destinados a la falsificación, llaves, ganzúas etc., se hallan tipificadas en casi todas las legislaciones penales. Aunque hay opiniones encontradas, hay que considerar que la tenencia en sí misma, es un hecho, pero no una acción o conducta necesariamente como podría ser "adquirir la tenencia u omitir hacer cesar la tenencia". Su origen en derecho civil es discutible, pero sostenerla como conducta en derecho penal es difícil y, si se le admite como tal, resulta arduo definirla sin llegar a su adquisición o a la omisión de hacerla cesar. Lo que sucede es que el tipo de la tenencia oculta un verbo y entonces corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia defender su legalidad. (174)

Estas tipificaciones muestran violaciones al "*nullum crimen sine*

(173) Vid. MIR PUIG, Santiago, "Introducción a las bases del Derecho Penal" Ob. Cit. pág. 146.

(174) Ejemplos de estas tipificaciones se encuentran en el Código Penal Español: artículo 254: "La tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio, sin poseer la guía y la licencia oportunas, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia".

conducta" al tiempo que violan otros derechos humanos, como el de igualdad ante la ley, específicamente cuando se pena por tenencia de ganzúas o si la persona registra antecedentes por delitos contra la propiedad, las consecuencias son fatales. A tal grado pueden llegar las cosas que se puede sancionar penalmente incluso a los fabricantes de tales objetos. Con tipificaciones así, se muestra una indefinición de lo que es el bien jurídico tutelado y eleva los actos preparatorios a la categoría de ejecutivos hasta el grado de sancionar al fabricante del arma. (175)

3. Prohibición de tipificaciones en que no se afectan bienes jurídicos.

Hay tipificaciones en las cuales el bien jurídico tutelado no existe o es muy dudoso. Otra vez la tipificación de la mera posesión de una droga tóxica sirve de ejemplo. En realidad lo que se procura es facilitar la represión del tráfico de esas drogas eligiendo la represión para cualquier posesión, puesto que, quien trafica, por lo general posee, pero la inversa no es exacta, puesto que no todo el que tiene trafica. Se argumenta también que cualquier consumidor es un traficante en potencia, lo que resulta inexacto, sin contar con que no todo tenedor es consumidor y que el consumo forma parte del derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado, pues se trata de un bien jurídico del propio consumidor. En definitiva, no es adecuado que, para criminalizar

(175) Ejemplo tomado del Código Penal Español, artículo 509: "el que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo será castigado con la pena de arresto mayor. En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros, se les aplicará la pena de prisión menor".

en un ámbito mucho más extenso conductas que sí lesionan bienes jurídicos, se tenga que criminalizar legalmente conductas sin bienes jurídicos afectados. "Esto implica una mediatización de las personas, es decir la utilización de la gran mayoría de los gratuitamente criminalizados como medio para la criminalización de los restantes, lo que afecta la dignidad de la persona en forma incalificable, sin contar con el inadmisibles campo de arbitrariedad que abre". (176)

4. Prohibición del desconocimiento de principios básicos en materia de tentativa inidónea o delito imposible.

Un problema lo plantea el llamado delito imposible o tentativa inidónea, contemplando en este concepto tanto la inidoneidad de medios como la llamada inidoneidad del objeto, se produce una tipicidad sin afectación del bien jurídico, ya que no media peligro y, en el caso de inidoneidad del objeto, sin que siquiera se exija la existencia misma del bien jurídico concreto. Hay textos legales que se limitan a señalar una atenuación de la escala penal de la tentativa inidónea (177), a pesar de no existir bien jurídico o existir inidoneidad en los medios y que ni siquiera se configura la puesta en peligro del bien jurídico y que todo se basa en la peligrosidad mostrada por el sujeto frente al ordenamiento jurídico.

(176) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina, REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, No. 2, Vol. IV, Procuraduría General de la República, Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Abril-junio de 1986, pág. 47.

(177) En el Código Penal Español, artículo 52, se señala pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del tribunal, de la señalada por la ley para el delito consumado, a los autores de tentativa. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Es la teoría subjetiva de la peligrosidad que presupone una voluntad de lesión, pero el núcleo de la tentativa no reside en esa voluntad exteriorizada, ni en la puesta en peligro del bien tutelado puesto que éste no existe, sino en la peligrosidad que muestra el sujeto al exteriorizar su voluntad de lesión. El criterio de la peligrosidad olvida y por ello es erróneo que las normas penales se formulan para la protección de bienes de interés social. Si el sujeto no lesiona, ni pone en peligro al bien jurídico, por más peligroso que sea, no hay razón para punir su conducta, equiparando la puesta en peligro del público orden jurídico con la lesión del bien jurídico llevando a la quiebra el principio de legalidad. Por tanto debe excluirse del ámbito de lo punible la llamada "tentativa inidónea" o "delito imposible". (178).

5. Prohibición del principio "non bis in idem"

Hay regulaciones legales de consecuencias graves para un delito que no surgen del delito mismo, sino de haber cometido otros delitos y haberse registrado alguna intervención del sistema penal con motivo del delito anterior. Se trata de una segunda infracción normativa que presenta mayor contenido de injusto, mayor grado de culpabilidad o mayor peligrosidad en el autor.

Sostener que un segundo delito revela una mayor disposición para delinquir, hace ineludible la referencia a un delito cometido con anterioridad. Esto hace razonable que se proponga que, vía proceso legislativo, se elimine toda referencia a delitos anteriores, pues ellos no

(178) Más adelante, en el capítulo II, se presenta un análisis y una propuesta en torno a esta figura.

son más que conductas ya juzgadas.

Estas modalidades son las de reincidencia y delincuencia habitual, que afectan el principio de igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de libertad y el principio de proporcionalidad en las penas (179).

B. MAGNITUD DE LAS PENAS.

1. Jerarquía de bienes jurídicos.

Respecto a los bienes jurídicos que se dirigen a bases y condiciones de subsistencia para el sistema se encuentran los bienes individuales y, en cuanto a los que se refieren al funcionamiento del sistema social, se encuentran los institucionales, los colectivos y los de control (180):

1. Bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema penal.

Están constituidos por la persona y su dignidad, en relación directa con la persona y el individuo. Son la vida, la salud individual, la libertad, el honor. Son los bienes denominados *tradicionalmente* individuales.

2. Bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema. Son procesos o funciones que éste ha de cumplir para que puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones del

(179) Art. 10. 15, Código Penal español en que la reincidencia agrava la pena. También en el capítulo II se presenta un análisis y una propuesta en torno a esta figura.

(180) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema Penal", Ob. Cit. pág. 199 y sgts.

mismo, esto es, los llamados bienes jurídicos individuales. Se trate de relaciones de una persona con los otros y así sucesivamente. Se distinguen tres clases:

1a. Bienes jurídicos institucionales, referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema y para asegurar los bienes jurídicos personales. Ejemplo: los delitos contra la administración de justicia, contra la fe pública, contra la seguridad del tráfico, contra las garantías constitucionales etc.

2a. Bienes jurídicos colectivos, están en referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social. Ese ha de ser el objetivo de la intervención estatal.

3a. Bienes jurídicos de control, son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones. Delitos contra la autoridad, contra la seguridad interior y exterior, son ejemplos de estos bienes.

Expuesta la clasificación, estos bienes constituyen restricciones a la intervención punitiva estatal y cumplen una función de garantía al imponer esos límites. Ahora bien, esos límites irán de menor a mayor según sea la categoría de bienes jurídicos.

Las menores restricciones a la intervención del Estado se dan en bienes jurídicos como la vida, la persona, la salud individual, la libertad, patrimonio, honor. Aclarando que tendrá que hacerse una revisión crítica por la posible presencia de concepciones morales, ideológicas o culturales que dañan la orientación democrática del sistema social. La menor restricción a la intervención estatal se traduce en mayor protección penal,

en punibilidades mayores.

Las mayores restricciones a la intervención del Estado han de darse en bienes que se refieren al funcionamiento del sistema. La mayor restricción a la intervención estatal se traduce en una menor protección penal, en punibilidades menores.

En los bienes referidos al funcionamiento del sistema se corre el riesgo de un cierre del funcionamiento del sistema cuando se les protege de una manera excesiva, es decir, con punibilidades mayores. Por ejemplo, intensificar el número y las sanciones de delitos económicos para conservar un sistema. Lo único que sucede en estos casos es que no se atiende realmente a las necesidades de todos los miembros de la sociedad y sí, en cambio, es la expresión más clara del autoritarismo estatal.

En relación a los bienes jurídicos de control, su excesiva protección penal corre el riesgo de volver al Estado democrático en un Estado policial.

En un adecuado orden de bienes jurídicos, los bienes institucionales, colectivos y de control son complemento de aquellos que constituyen la base del sistema, al tiempo que los aseguran. No tienen por qué defenderse siempre y en todos los lugares los mismos bienes jurídicos, ni con igual intensidad. En una sociedad democrática deben fijarse, sobre las exigencias sociales legítimamente manifestadas, cuáles han de ser estos bienes (establecimiento del catálogo de tipos) y cuál su

grado de protección (calidad y cantidad de conminaciones penales).

La conminación penal refuerza la necesidad de protección del bien jurídico, por eso no podrían prohibirse conductas que las mayorías aceptan como legítimas. La sanción viene a reforzar la necesidad de protección del bien sancionado, pero también la calidad del bien repercute en la eficacia protectora de la sanción (181).

Difícilmente será efectiva la sanción por más grave que sea, si la prohibición que refuerza no se apoya en el consentimiento social.

2. Proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la punibilidad.

En la democracia, garantía efectiva de participación y tutela de los ciudadanos, es donde encuentra su asiento el principio de proporcionalidad que debe regir la punibilidad (182).

Es la necesidad social la que impone limitar la utilización de conminaciones penales por la idea de proporción. La punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito idónea para la prevención general, determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste (183).

(181) Vid. MUÑAGORRI, Ignacio, Sanción penal y política criminal, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Ed. Reus, Madrid, 1977, pág. 110.

(182) A mayor gravedad del daño, mayor punibilidad.

(183) Vid. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, México, Ed. Trillas, 1991, pág. 24.

De lo anterior se desprende un equilibrio entre reacción penal y clase y valor del bien jurídico dañado. Sin embargo, este principio del derecho penal liberal - proporcionalidad entre el bien jurídico y la punibilidad-entra en conflicto con las directrices seguidas por el legislador.

El exceso en las punibilidades se contrapone a la idea de democracia e introduce el terror estatal. Difícilmente podrá sostenerse con convicción que un Estado Democrático tenga por fin la utilización de los aspectos de motivación inhibitoria más negativos para el ser humano, como son los del miedo o terror que se contraponen a la esencia misma de lo que es la democracia: su carácter libertario y liberador. Entonces a la intensidad de una afección a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la afección en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto. Es esta una idea de garantía para el sujeto y de considerarlo como un ser racional. Lo malo es que hay punibilidades cuyas características dependen de los intereses concretos del grupo hegemónico, es cuando debe entrar en juego la política criminal sopesando la gravedad de los hechos, los diferentes bienes jurídicos en juego, el contexto social histórico, los principios de un Estado de derecho, la dignidad de la persona humana (184).

Es un aspecto importante la preeminencia de unos bienes jurídicos sobre otros surgida de relaciones sociales concretas y de criterios jurídicos fundamentales.

(184) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Control Social y Sistema penal", Ob. Cit. pág. 175.

Es necesaria una sanción privativa de libertad en función de la relevancia constitucional del bien jurídico afectado "...sólo en los casos de significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante es legítimo acudir a la privación de libertad" (185). Y en aquellos casos en que la lesión al bien jurídico no tenga la importancia suficiente, las sanciones habrán de ser, distintas (186).

El criterio de gravedad sirve para limitar el poder del Estado en relación con la actividad legislativa preventiva y en la elección de la sanción y su aplicación. Los objetivos del sistema de justicia penal sólo se pueden alcanzar dentro de estos límites. Este criterio revela que la aplicación del derecho penal está controlada por normas objetivas fijadas con anterioridad a la comisión del delito. Se trata, como observa Stratenwerth: "establecer un mayor grado de justicia a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y que se sancionan realmente en un número limitado de casos" (187).

Se trata de que el Derecho Penal democrático conmine con una punibilidad la eventual lesión o puesta en peligro de bienes por ataque real y serio contra la subsistencia de la sociedad; si va más allá se estará ante un poder punitivo ilegítimo.

(185) BRICOLA, F., citado por De Solá Dueñas, Ángel, "El pensamiento criminológico II, Ob. cit. pág. 253.

(186) Reforzada esta idea por el valor preeminente que la Constitución concede a la libertad personal.

(187) Stratenwerth, Günter, Derecho Penal. Parte General I, tr. de la 2a. edición alemana (1976) de Gladys Romero, EDESA, Madrid, 1982, pág. 9.

La proporcionalidad debe emanar de los planteamientos culturales de una determinada sociedad. El Estado no puede autolimitarse, podría generarse el terror penal, las limitaciones tendrán que venir de la realidad social. La prevención de los delitos que busca el Estado al conminar, tampoco puede autolimitarse, ya que esa limitación vendrá de la mano de la proporcionalidad. Respecto a esto es ilustrativa la opinión de Queralt: "si existe terror penal es porque existe terror político, el terror penal es un instrumento y, en quien lo maneja está el culpable de la dilatación ilegítima de la prevención tanto general como especial" (188). Además, aunque se implantara ese terror, el derecho penal no podría eliminar la criminalidad y cómo lograrlo, sobre todo en aquellas sociedades carentes de las elementales condiciones de vida y si a ello se suma el carácter demencial de la prisión, el terror penal contribuye al incremento de la criminalidad como realidad cotidiana. Así que, la creación de punibilidades altas y ejecuciones rigurosas no es lo idóneo y es inútil.

La norma penal no puede constituirse en una provocación de la comisión de delitos por su rigor excesivo, por el contrario debe desaparecer porque cuando se demuestra que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve (189).

Precisamente uno de los límites para el legislador en la creación de normas penales se encuentra en establecer una proporción respecto de la

(188) QUERALT, Joan J., "De algunas bases del Derecho Penal Español", Ob. cit. pág. 328.

(189) Al respecto véase la clara argumentación de Santiago Mir Puig en "Derecho Penal, Parte General", Ob. Cit., pág. 72.

punibilidad que corresponda con la diversa importancia de los valores tutelados. Para eso ha de seguirse la jerarquía de valores contenidos en la Constitución. Se coincide con Bricola en el sentido de que el límite que vincula al legislador en el momento de la formación de la norma penal no afecta sólo a la elección de aquellos hechos que deben ser cualificados como infracciones penales, sino también a la graduación de la sanción penal (190).

La falta de proporcionalidad crea excepciones de legitimidad, tratándose entonces de considerar el valor constitucional tutelado y el grado de ofensa al mismo, a través de la graduación proporcional de punibilidad. De allí que deban reducirse los supuestos a los que se asocie pena privativa de libertad y la extensión de las punibilidades. Impunidad no, pero tampoco destrozar a quienes sufren las penas.

El problema es obtener un adecuado equilibrio a nivel de bienes o valores protegidos y de intensidades punitivas asociadas a los mismos. Una proporcionalidad que en la labor legislativa considere la gravedad del hecho punible tomando en cuenta el valor del bien protegido.

Actualmente se da un movimiento de sustitución de penas privativas de libertad por multa, suspensión del cumplimiento de la pena o renuncia a ella y, en cuanto a la duración de las penas, se propone un límite de 20 años (191). Es una evolución que muestra al Estado en servicio de los

(190) BRICOLA, F., Teoría General del reato, citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El proceso despenalizador", Ob. cit. pág. 187.

(191) En el Anteproyecto de Código Penal Español de 1984, el Proyecto de 1980 y el anteproyecto de 1983, se suprimen las penas de prisión inferiores a seis meses en cuyo lugar prevén multas o arrestos de fin de semana.

individuos donde la dignidad del individuo es un límite a respetar por el Estado Democrático.

Por tanto, las punibilidades deben ser idóneas para que surta efecto la prevención general y para ello deben depender de la clase de bien tutelado y la cantidad de punibilidad debe depender del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión o puesta en peligro del bien tutelado. En este sentido puede mencionarse la opinión de Queralt para quien la consideración del dolo y la culpa cumple con un efecto preventivo general: "En efecto la inclusión del dolo y de la culpa en el tipo es plenamente acertada, dado que, si el fin de la norma es la prevención, su interés radicará en motivar a los sujetos a que no lesionen o pongan en peligro intencionalmente un bien jurídico de forma voluntaria y consciente (dolo), o que de forma voluntaria se emprendan acciones peligrosas contra dichos bienes sin las debidas precauciones (imprudencia) (192).

En la tentativa se pone de manifiesto una menor peligrosidad de la acción y procede la reducción en relación a la pena que correspondería de haberse consumado el delito. Si lo que se busca es la proporcionalidad, no deben crearse preceptos que no la contemplen.

Lo cierto es que la desproporción está presente. El Código Penal Español ofrece algunos ejemplos que, sin problema también pueden verse en las legislaciones penales de otros países.

(192) Puede consultarse QUERALT, Joan J., "De algunas bases del Derecho Penal", Ob. cit. pág. 330 y MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General", Ob. cit. págs. 74 y sgts.

El art. 415 CPE castiga más severamente el aborto causado por facultativo que el realizado por personas no expertas, en lo que a la multa se refiere, ya que ésta es mayor para el facultativo y, en lo que a la punibilidad se refiere, ésta dependerá de si existe o no el consentimiento de la mujer (prisión menor o prisión mayor respectivamente):

"El facultativo que, con abuso de su arte, causare el aborto o cooperase a él incurrirá en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 250.000 a 5.000.000 de pesetas.

La misma agravación y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas se impondrá a los que, sin hallarse en posesión de título sanitario, se dedicaren habitualmente a esta actividad".

Los delitos relativos a la prostitución se castigan más severamente cuando se trata de prostitución de mayores, que de menores de 18 años ya que, a pesar de ser igual en cuanto a la multa de 100.000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta para la autoridad pública, sin embargo, cuando se trata de menores de 18 años, se admite una atenuación de la pena ya que es válida la prisión menor (Seis meses y un día a seis años) no sólo en su grado máximo, sino también en su grado medio.

Art. 452 bis, a). 2°. "Incurrirán en las penas de prisión menor en su grado máximo, multa de 100000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere: 2°. El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determine, a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra".

Art. 452 bis, b). 1°. "Incurrirán en las penas de prisión menor en sus grados medio y máximo, inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere y multa de 100.000 a 500.000 pesetas:

1o. El que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años.

2o. El que para satisfacer los deseos sexuales de un tercero facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de dieciocho años, aun contando con su voluntad.

Paradójico, ya que esta conducta (452 bis, b, 1o.) al afectar el normal desarrollo psicosexual de los menores de 18 años debería protegerse con mayor severidad o por lo menos igual que cuando se trata de adultos (en su grado máximo) y sin posibilitar, a nivel judicial, una atenuación en su grado medio.

Se afirmó líneas antes que la desproporción también se encuentra en las legislaciones de otros países. En México, por ejemplo, la tutela penal del patrimonio puede dar lugar en el caso concreto a una protección igual a la del homicidio. Obsérvese: el robo de un automóvil estacionado en la vía pública es una agravante que va de tres días a diez años de prisión, que se impone sin perjuicio de la sanción prevista para el robo simple (sin agravantes) que tiene un máximo de punibilidad de cuatro a diez años de prisión (art. 381 bis del Código Penal mexicano). Así es que, en el caso concreto, el juez puede imponer una punición de veinte años, mismos que constituyen el máximo que para el homicidio doloso se prevé (de ocho a veinte años). Una marcada desproporción entre el valor del

bien jurídico y la punibilidad. Se protege igual el patrimonio que la vida.

Cabe decir que el Estado no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afecten las condiciones indispensables para la preservación de la existencia social, sino también, como en estos casos, cuando rompe la proporcionalidad entre el bien jurídico y la punibilidad. Es una contraposición entre Estado y determinadas clases sociales.

Una y otra vez se viola en los Códigos Penales el principio del derecho penal liberal según el cual la punibilidad debe corresponder a la jerarquía del bien jurídico. Tomemos nuevamente ejemplos del Código Penal Español: mientras que el homicidio doloso consumado tiene una punibilidad de doce años y un día a veinte años (reclusión menor), el delito de detención ilegal tiene una punibilidad de prisión mayor en su grado máximo (diez años y un día a doce años) a reclusión menor en su grado medio (de catorce años, ocho meses y un día a diecisiete años y cuatro meses) en caso de exigirse rescate, o si el encierro o detención hubiere durado más de quince días, o si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas (art. 481 CPE). Lo que quiere decir que una detención ilegal es mayor o igual al límite mínimo de punibilidad que la del homicidio doloso consumado, no obstante que se reconoce que la vida humana es el bien jurídico de mayor valor.

Estos ejemplos expresan actos legislativos antidemocráticos con dos consecuencias: la primera, que no hay proporción entre el valor del bien jurídico y la punibilidad (inclusive puede existir subordinación a intereses patrimoniales); y, la segunda, que el Derecho Penal puede ser

una prolongación de intereses de clase y del poder político, en sacrificio de intereses particulares llevando como resultado una actividad legislativa que no se legitima en la realidad social porque vive ignorando la actividad democrática, porque no ajusta la gravedad de las punibilidades a la trascendencia que, para la sociedad, tienen las conductas antisociales a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico.

3. Magnitud de las penas.

Hay códigos penales que tienen prevista la pena privativa de libertad que puede llegar a cincuenta años (193), que puede llegar a los treinta años (194); o bien, a los veinticinco años (195); veinte años (196); y hasta dieciséis años (197).

Hay códigos penales que tienen prevista la pena privativa de libertad en forma perpetua (198).

Esto revela que los límites máximos de la punibilidad son dispares. Los Estados son soberanos y libres de desplegar la represión penal que deseen, pero es preocupante una conminación penal de treinta o cincuenta años o incluso para toda la vida. Esto significa que falta una verdadera valoración de las necesidades de tutela a efectos de averiguar

(193) Es el caso de México, artículo 25 CPDF.

(194) Es el caso de España que prevé la reclusión mayor hasta treinta años, artículo 30 CPE.

(195) Es el caso de Costa Rica.

(196) Es el caso de Honduras y Panamá.

(197) Es el caso de Ecuador.

(198) Es el caso de Argentina, Chile, Haití, Perú, Puerto Rico.

si se requieren en realidad esos límites, porque la privación de libertad prolongada causa un deterioro irreversible en lo psíquico después de algunos años, porque se inutiliza a una persona, se podría afirmar que se trata ya de una pena física o corporal. Es deteriorante para la persona y lesiva pues afecta la integridad psíquica y física de la persona.

Pensemos en un caso concreto: la variable reincidencia puede ir más allá de los límites penales máximos lesionando aún más derechos humanos. Esto conduce a la necesidad de una revisión legislativa de los límites máximos vigentes para la pena privativa de libertad a fin de que se establezcan límites máximos que no excedan de 20 años.

Finalmente en cuanto a este punto se presentan algunas consideraciones en torno a la elaboración de punibilidades con base en la proporcionalidad que debe guardar la punibilidad con la magnitud del bien y el ataque al mismo, ya que una punibilidad desproporcionada introduce irracionalidad, debilita el sistema penal y refleja una violación al principio de intervención penal mínima:

- a) El valor del bien tutelado.
- b) El dolo o la culpa.
- c) La lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico.

En el Anteproyecto de Código Penal de 1992 se da un avance que de aprobarse sería notable. Es la reducción de la pena privativa de libertad a veinte años (art. 33,1) lo que equivale a un beneficio para fines

no sólo preventivo generales sino, en el caso concreto, fines preventivo especiales.

Esto no es suficiente. Las conductas antisociales con punibilidades bajas también admiten un replanteamiento. Deberían ubicarse en una normatividad distinta de la penal. Si el efecto penitenciario es negativo por la secuela que deja en el individuo, entonces es absurdo privar de su libertad a quien no ha realizado una conducta especialmente grave. Habría que revisar el Código Penal y eliminar de él aquellas figuras cuyas punibilidades no excedan de la media aritmética de tres años. Así se lograría que la procuración de justicia y los fines del tratamiento se orientaran a las conductas verdaderamente dañinas. Se impediría así, que una gran cantidad de personas fuesen víctimas de la innegable contaminación antisocial derivada de la pena de prisión (199).

Esta es una propuesta de despenalización apoyada en una necesaria contracción de la legislación punitiva. Lo opuesto son las penas exageradas, la reproducción de la desigualdad social en virtud de la ley penal injusta, la sobrepoblación carcelaria, el abandono de lo racional y un paso atrás de una evolución penal que reiteradamente se propugna.

3.1.2 Algunos aspectos importantes del Anteproyecto de Código Penal de 1992.

a) Penas.

Se sigue casi la misma clasificación en relación al Código vigente.

(199) Vid. DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, "El Futuro Derecho Penal", en ALEGATOS, No. 18, U.A.M. México, mayo-agosto, 1991, pág. 34.

En el Anteproyecto son: penas graves, menos graves y leves, a diferencia del código vigente que plantea graves, leves, comunes y accesorias.

El Anteproyecto abandona la reclusión mayor, la reclusión menor, la prisión mayor y la prisión menor. En su lugar están la prisión superior a dos años (pena grave) y la prisión de seis meses a dos años (pena menos grave). Es de llamar la atención que a la pena de prisión se le prevé una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. (art. 33,1).

En cuanto al arresto mayor, contemplado como pena grave en el Código vigente, en el Anteproyecto se crea la figura del arresto de siete a veinticuatro fines de semana como pena menos grave y el arresto de uno a seis fines de semana como pena leve.

Se conserva la inhabilitación, sólo que en el caso de la especial se introduce una duración superior a tres años como pena grave y, entre las penas menos graves, hasta tres años (arts. 30, 2, c) y (art. 30, 3, b PANCP).

Es un acierto también que se contemple para la pena de prisión una duración máxima de veinte años, salvo los casos que excepcionalmente establezca el legislador con lo que, de alguna manera, el Principio de intervención mínima muestra su influencia a diferencia del Código vigente que establece la reclusión mayor de veinte años y un día a treinta años (Art. 30 C.P.E.). En realidad, una pena de prisión de treinta años parece un exceso basado en una posición deudora de la concepción que inspiraba la Ley del Tullón y viola dos disposiciones: aquella que ordena la readaptación social como objetivo del sistema penal y aquella que prohíbe

penas inusitadas, la privación de treinta años, es inusitada y no favorece la readaptación social. Sin embargo, la pena privativa de libertad de seis meses supone una contraposición con el principio de derecho penal mínimo. Podría revisarse el Anteproyecto y admitir que todas aquellas figuras delictivas cuya punibilidad no exceda del término medio aritmético de tres años, abandonen el catálogo punitivo. La razón es clara, quienes realizan esas conductas no debe considerárseles criminales. Para esas conductas la sanción no penal sería idónea, efectiva y acorde con el propugnado principio de subsidiariedad y fragmentariedad, según el cual el ordenamiento punitivo debe contemplar sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Esta sin duda es una descriminalización parcial, aceptada en teoría pero que en la realidad parece estar acompañada de temor en lugar de verse sus ventajas: innegable evitación de contaminación antisocial derivada de la pena de prisión, mayor interés en la persecución de los delitos verdaderamente graves, sobrepoblación carcelaria, la prolongación interminable de estigmas. De seguir esta descriminalización sólo en el discurso se corre el riesgo de retroceder en la tan buscada evolución del derecho penal.

b) Jerarquía de bienes jurídicos.

El Libro II del Código Penal Español sigue la misma línea del Código Napoleónico, ubicando en primer término las figuras típicas contra el Estado y hasta el final las figuras que atentan el patrimonio de las

personas. Debe anotarse que esta es la orientación seguida en muchos códigos penales (por ejemplo, el Código Penal mexicano). Sin embargo, tal fórmula se rompe en la PANCP de 1992. Llama la atención porque se le da importancia prioritaria a la tutela del bien jurídico de la vida humana ante el que siempre ha existido consenso en cuanto que es el más valioso de todos los bienes, en todos los tiempos y en todas las sociedades, pero al mismo tiempo ha sido el más desplazado. La PANCP le reintegra su valor.

Es así como en los delitos contra la vida se introduce una cláusula cerrada de culpa en el art. 146 y una baja punibilidad de uno a tres años y se introduce también la pena de privación del derecho a conducir junto a la privativa de libertad para el homicidio imprudencial cometido con vehículo de motor.

En materia de homicidio consentido se introduce un nuevo tipo legal:

Art. 147,4.: El que causare o cooperare activamente con actos necesarios a la muerte de otro, por la petición expresa y seria de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

De esta figura llama la atención su baja punibilidad ya que se

contempla la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los numerales 2 y 3 del citado artículo:

Art. 147,2. "Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona".

Art. 147,3. "Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte". (200).

Una marcada atenuación y una indudable eficacia del consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico vida. No deja de considerársele delito, sólo se prevé, como se dijo, una atenuación. Es de llamar la atención que dicha atenuación es todavía menor que la prevista en el Código vigente que es la reclusión menor (de doce años y un día a veinte años). En esta hipótesis indudablemente se comprenden los casos de eutanasia. Personalmente, en este punto, se considera viable la descriminalización parcial ya que la petición expresa y seria del sujeto pasivo es lo decisivo ante un proceso irreversible de la enfermedad. La PANCP responde a la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, exige una intervención del legislador.

En cuanto al aborto la PANCP de 1992 mantiene la incriminación del aborto pero hay una notable disminución de la punibilidad en los siguientes supuestos. Véase la siguiente comparación:

(200) La pena inferior en grado se determinará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y reduciendo de ella su mitad Art. 70, 2 PANCP 1992.

Hipótesis 1.

Para la mujer que produjere su aborto o consintiere en que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de:

En el Código Penal vigente: prisión menor, art. 413 (seis meses y un día a seis años).

En la PANCP prisión de seis meses a un año o multa, art. 149,2, de seis a veinticuatro meses.

Es una descriminalización parcial la introducida por el Anteproyecto en virtud de tipificar el aborto, pero dejando abierta la posibilidad de sustituir la privación de libertad por multa, eliminando así el carácter estigmatizante y aminorando a límites extremos la represión penal.

Hipótesis 2.

El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento.

En el Código Penal vigente prisión menor, art. 411 (seis meses y un día a seis años).

En la PANCP prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años, (art. 149,1).

En esta hipótesis hay una notable disminución de la pena privativa de libertad.

No debe dejarse de lado la problemática que representa el aborto en España y en el mundo, así como su discusión ideológica en pro o en contra del mismo y tampoco debe olvidarse que es una práctica asidua por encima de prohibiciones morales, religiosas y penales para los fines de prevención general.

Sin duda éste es un punto muy polémico dentro del Anteproyecto.

En otro aspecto en el Código Penal vigente y siguiendo en la línea de delitos contra la vida está el infanticidio que comete la madre para ocultar su deshonor (art 410 C.P.E.). Es la hipótesis del infanticidio por móviles de honor sancionado con una punibilidad de seis meses y un día a seis años.

Es importante reflexionar sobre este comportamiento señalando lo inoperante que resulta, actualmente, una convicción cultural que tenga que ver con el móvil del honor. Esta atenuación debe quedar sin efecto en el Código Penal, pues se trata de un verdadero homicidio calificado por lesionarse con esta clase de comportamientos, además de la vida humana, el derecho a la seguridad del niño indefenso (asesinato).

Afortunadamente en la PANCP de 1992 no se preve atenuación alguna para el infanticidio por estos móviles.

Siguiendo con la jerarquía de bienes jurídicos, en segundo lugar aparece la integridad corporal, la salud física y mental, así como la integridad del feto. Bienes jurídicos que adquieren mayor importancia sobre todo si se les piensa como bienes inherentes a la persona. El

Anteproyecto les otorga una nueva ubicación, reflejo de una progresista jerarquización de intereses sociales.

Llama también la atención la criminalización de nuevos tipos. Una propuesta relativa a la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y la inseminación artificial no consentida. Todo ello congruente con los adelantos técnico - científicos propios de la sociedad científico - médica en el final del milenio, por supuesto en el marco de las conductas no consentidas por los titulares de estos bienes jurídicos (arts. 164, 165, 166 y 167 PANCP 1992). Cabe recordar que el problema jurídico de la inseminación artificial es semejante, si no idéntico al del homicidio consentido (eutanasia), al del trasplante de ciertos órganos y al del aborto.

En otro aspecto destaca en la citada Propuesta, la libertad. Esta ocupa un lugar prioritario en sus agresiones como: detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones.

En el marco de las libertades, también la relativa al ámbito de lo sexual constituye en la PANCP un punto a analizar.

Así, llama la atención lo siguiente:

1o. La punibilidad de la violación. En la PANCP se contempla una menor pena privativa de libertad, es de ocho a doce años (art. 178 PANCP), mientras que en el Código vigente es de reclusión menor de doce años y un día a veinte años (art. 429 CPE).

Valga un comentario. Se cambia la jerarquía del bien jurídico de la

libertad sexual, lo que se demuestra en la ubicación que el Anteproyecto le da, pero se desvalora este importante bien jurídico al otorgarle una punibilidad menor.

2o. Sólo se contemplan en el Anteproyecto las hipótesis de violación por vía vaginal o anal (art. 178 PANCP) a diferencia del Código vigente que, además contempla la violación por vía bucal. (Art. 429 CPE). Muestra el Anteproyecto una descriminalización legal de esta última hipótesis al no contemplarla en la figura de la violación, pero la ubica en otra forma de agresión sexual y con una punibilidad aminorada.

3o. Se crea la cláusula cerrada de la culpa para dos hipótesis de violación: la primera, cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación y, la segunda, cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores y se prevé una pena inferior en uno o dos grados (art. 178).

Estas son dos hipótesis nuevas susceptibles de llevarse a cabo por culpa. Es de aclarar que estas hipótesis por culpa no las contempla el Código vigente, por lo que el Anteproyecto constituye una novedad en este rubro.

4o. En el art. 178, 2, 2a. hipótesis PANCP se establece que: hay violación cuando se abusare de la enajenación del sujeto pasivo... Es la

hipótesis del acceso carnal sin violencia con persona que no tiene capacidad de comprender el significado del hecho, por estar enajenada. Esto lleva a una pregunta: ¿qué es abusar de su enajenación? La respuesta quizá esté en que esta norma penal quiere prevenir el agravamiento de la enfermedad mental, decepciones o traumas para el enfermo, embarazos y hasta experimentaciones que pudieran constituirse en daños irreversibles. O, quizá la respuesta está en que la norma limita el ejercicio de la libertad sexual en los enfermos mentales. La razón y la conciencia pueden estar perturbadas en lo que a comprensión de la ilicitud de un hecho lesivo de bienes se refiere pero no así en lo que a libertades sexuales se refiere. Ante la disyuntiva deberá verificarse en cada caso concreto si hay o no una afectación del bien jurídico de la libertad sexual, si hay o no un delito de violación en el caso concreto.

Ahora bien dejando el aspecto de la libertad sexual y siguiendo con la jerarquía de bienes jurídicos, es de mencionarse que en el Anteproyecto los bienes jurídicos relativos a la administración pública, la administración de justicia, el sistema constitucional, el poder y orden públicos, el Estado y la comunidad internacional, quedan ubicados después de los bienes pertenecientes a la persona. Se responde así a la consideración de la persona en primer lugar en el Estado Democrático, situación que no se observa en el Código vigente, en que lo primero que surge es la protección penal para el Estado (Seguridad exterior e interior del Estado).

c) La Culpa.

En el Código vigente los delitos son clasificados en dolosos o culposos (art. 1 CPE) y se elaboran cláusulas de culpa: art. 565 (Imprudencia temeraria) y el art. 600 CPE que es una falta. Al mismo tiempo y sin perjuicio de este sistema de cláusulas generales, el código vigente prevé supuestos excepcionales de tipos imprudentes (arts. 355, 358 II, 360, 395 y arts 412 (aborto) y 427 (lesiones), así como el 521 (quiebra) de imprudencia presunta. (201).

Esta técnica legislativa proyecta una innecesaria ampliación punitiva. En este sentido la doctrina española dominante se opone a tan amplia extensión de la punibilidad de la culpa y pide la adopción del sistema de incriminación particularizada y restrictiva (202). Solución ésta que se ajusta perfectamente a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal al incluir sólo las conductas antisociales más graves y no aquellas lesiones a bienes jurídicos cuya antisocialidad es tolerable y más perteneciente a los mecanismos civiles Instrumentados.

En este sentido el Proyecto de Código Penal de 1980, prevé esta técnica legislativa de cláusulas cerradas para la culpa (art. 18). De igual forma el Anteproyecto del Nuevo código Penal de 1983 (art. 15 PANCP); y en una reciente propuesta el Anteproyecto de Código Penal de 1992 en su art. 11 (203).

(201) Vid. JESCHECK HEINRICH-HANS, Tratado de Derecho Penal, Trad. S. Mir Puig, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, pág. 792.

(202) Ibidem pág. 793.

(203) Art. 11 PANCP: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.

La tendencia es la menor intervención al tiempo que la mayor eficacia de la norma penal al dirigirse a los hechos más graves que, en materia de culpa, sólo pueden ser los atentados más graves a la integridad física y a la vida (lesiones y homicidio), dejando así a la vía civil soluciones no represivas. No es más que la aplicación del principio de intervención mínima.

d) · De la clase y duración de las medidas de seguridad.

Se observa en el Código Penal vigente un marco legal inadecuado para los enajenados (art. 8, 1o.) para el que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 8, 3o.).

La determinación cronológica de la medida de seguridad, que no puede ir más allá del lapso que correspondería al límite máximo de la punibilidad si se tratara de un sujeto psíquicamente sano, no se observa. Resulta que una persona enferma debe ser internada hasta que el Tribunal lo autorice, lo que puede desencadenar un internamiento para siempre pues muchas enfermedades son hasta el momento incurables y, lo que es peor, coloca al sujeto en evidente desventaja en relación a un sujeto sano mentalmente. Esto posibilita que se le interne por un tiempo indefinido, sin importar el valor del bien jurídico afectado y la magnitud de su ataque, lo que propicia que pueda pasar el resto de su vida encerrado en un establecimiento para enfermos mentales. Por eso a los inimputables deberá juzgárseles de acuerdo a la magnitud de su conducta, la cual, además de estar descrita en un tipo legal, deberá llevar aparejada una reacción estatal proporcional al valor del bien jurídico lesionado o

puesto en peligro. El principio es entonces que: el mínimo y el máximo de las medidas de seguridad nunca sean superiores al mínimo y máximo de la punibilidad que, en relación a adultos imputables se legisla para la misma clase de antisocialidad (204).

El inimputable no es un sujeto al que deba reprochársele su conducta pues su comportamiento no presupone lógicamente una libertad de decisión o una capacidad de actuar conforme a derecho. La noción de prevención general se pierde frente a esta ausencia para dar paso tan sólo a la protección de bienes jurídicos, única finalidad de la medida de seguridad. No tendría ningún sentido hacerle responsable a una persona por su enfermedad mental. El enfermo no debe cargar con un plus que es responsabilidad del Estado. Los tratamientos psiquiátricos requieren ser realizados en mejores condiciones humanas y materiales, en una adecuada institución psiquiátrica penitenciaria, finalidad básica de la medida de seguridad.

Por eso es un acierto de la Propuesta del Anteproyecto de Código Penal de 1992 dedicar un título a las medidas de seguridad. Los capítulos que lo integran son: I. De las medidas de seguridad en general; II De la aplicación de las medidas de seguridad que comprende Sección Primera, de las medidas privativas de libertad y Sección Segunda, de las medidas no privativas de libertad.

Es un acierto porque el Código vigente no abunda en ellas.

(204) Vid. RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio, "Fuentes Reales de las Normas Penales" en Revista Mexicana de Justicia, No. 1. Vol. 1, enero-marzo de 1983, PGR, PGJDF, INACIPE, pág. 33.

Destaca, entre otras cosas, la introducción del sistema vicarial de medidas de seguridad y pena, en el que el tiempo que dure la medida se abone al de la pena e, inclusive, se prevé que el Juez o Tribunal, pueda suspender el cumplimiento del resto de aquella si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida (art. 97 PANCP 1992).

Igualmente se admite, vía un procedimiento, la sustitución de la medida impuesta (art. 98 PANCP); también se destaca la clase de medidas privativas de libertad y, en caso de internamiento, éste no podrá exceder del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad si hubiere sido declarado responsable el sujeto (art. 102, 1). Sin duda es el Principio de proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la duración de la medida de seguridad y, también, el Principio de intervención mínima, en lo estrictamente necesario para la protección del bien jurídico.

3.2. DESCRIMINALIZACION LEGAL (DE IURE).

Descriminalización de iure: procesos en los cuales el sistema ya no es competente para aplicar sanciones como una reacción frente a cierta forma de conducta (205).

Proceso de decisión legislativa en virtud del cual se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva la posibilidad de asociar a la misma una pena

(205) CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización. Informe del Comité europeo sobre problemas de la criminalidad". Ob. Cit. pág. 166.

(206).

Descriminalizar: extraer de los catálogos penales las conductas que han dejado de ser consideradas punibles por los organismos decisorios correspondientes, lo que en el caso de los códigos penales del llamado derecho continental, es el poder legislativo, único autorizado para derogar, total o parcialmente las leyes (207).

La descriminalización implica un cambio de dirección legislativa, de visión política de exigencias económicas y sociales sin un cambio correlativo de la conciencia social que puede seguir siendo indiferente a la represión de esos actos (208).

Descriminalizar significa el proceso por el cual ciertos comportamientos que el legislador había clasificado como crímenes en un momento dado son eliminados de dicha categoría. En otros términos, descriminalizar es hacer perder a una infracción su carácter criminal (209).

Estas definiciones muestran que la descriminalización de iure es un cambio de competencia formal penal a través de la desaparición de normas penales vía proceso legislativo.

La descriminalización debe estar motivada por el respeto a los

(206) Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, Descriminalización y despenalización. Reforma Penal y Descriminalización. Reformas penales en el mundo de hoy. Edición de Antonio Beristáin. Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1984, pág. 378.

(207) Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema Social y Sistema Penal" p. 352.

(208) CORNIL citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "SISTEMA SOCIAL Y SISTEMA PENAL. OB. CIT. pág. 352.

(209) Vid. RICO, José M. "Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea" Ob. Cit. pág. 131.

derechos humanos y por la preocupación en la efectividad funcional del derecho penal, es decir, por su capacidad y economía, porque un exceso en la utilización del Derecho Penal le hace perder su razón de ser y su carácter de ultima ratio. Supone aligerar el derecho penal de prohibiciones penalmente innecesarias, es una puesta al día de la norma penal. Esto es descriminalizar en cuanto a la necesidad para la propia vigencia de la ley penal. En el sentido no sólo de eliminar de la legislación penal determinados tipos de delitos ya innecesarios y establecer otros nuevos que la organización social exige, sino descriminalizar también en el terreno de la sanción y procedimiento penal, tradicionalmente represivos, volcados hoy más hacia una dirección protectora y preventiva (210).

En otros términos, en atención al principio de intervención mínima, los bienes jurídicos pueden ser protegidos sin acudir al sistema penal. Si la satisfacción en la necesidad de protección que se obtiene por otras vías es bastante, no tiene caso el recurso del Derecho Penal que sólo tendrá sentido si las demás instancias de política y control social han sido desbordadas y por la exigencia de atender a la prevención general que aconseja que el derecho penal tutele bienes susceptibles de protección a fin de concretar así, toda la eficacia intimidatoria de la pena en los delitos más graves, evitando el deterioro de esa eficacia que se produce cuando se emplea la sanción penal para tutelar intereses que no son considerados dignos de protección penal por la colectividad, sino sólo por una minoría o

(210) Vid. MUÑAGORRI, Ignacio, "Sanción penal y política criminal" Ob. cit. pág. 107.

un determinado sector social o no están necesitados de ella porque bastan para hacerlos respetar otros medios jurídicos de reacción, o cuando por el contenido del bien protegido, la sanción penal fracasa en su empeño de evitar los ataques que a él se dirigen.

Esta descriminalización es en sentido estricto y se denomina de iure. Surge ante los problemas creados por la subsistencia de incriminación legal en áreas donde en la práctica ha cesado desde hace tiempo la intervención del sistema de justicia penal revocando o reformulando uno o más tipos delictivos. Así, el hecho de que un enfoque no penal posibilite mejores resultados será una razón de peso para descriminalizar. Pero, si faltan soluciones no penales a un comportamiento que actualmente es delito, hay pocas probabilidades de éxito con la descriminalización.

El primer camino es verificar si es posible promover mayor tolerancia de ciertos hechos indeseables al tiempo que se atacuen los factores que los condicionan, de tal manera que se reduzca la frecuencia o el efecto dañino o se aumentan las posibilidades de acciones reparadoras. Lo que no se hizo antes como medidas de prevención penal, tendrá que hacerse ahora que los daños (delitos) ya se han cometido y ello a través de otros medios de control social que también tienen fuerte influencia preventiva (aun después de una descriminalización) porque controlan verdaderamente la conducta.

La descriminalización de iure significa en primer lugar, un traslado del control de la conducta de la esfera penal a otra legal o que asume su

nueva responsabilidad de control, pero un control diferente, pero también limitado, en tanto que no aplique métodos y excesos que lo hagan aparecer equivalente a la fuerza penal del Estado.

Lo que se busca son formas positivas de prevención de esos comportamientos que, quizá no son tolerables, pero sí controlables en otras vías. Es sustitución de sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes pues se trata de la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación. Una conducta puede y debe ser descriminalizada cuando ha dejado de constituir un peligro grave para la comunidad o para el individuo.

La descriminalización de iure significa, en segundo lugar, abstenerse de introducir nuevas formas que impliquen mantener la responsabilidad de los individuos en hechos que verdaderamente son tolerables. La tolerancia es ya una solución de la descriminalización y de lo que se trata es de disminuir los efectos represivos del derecho penal dándole preferencia al remedio legal no penal y al remedio social y los ciudadanos no pueden vivir bajo la amenaza penal constante, sería la negación del Estado de Derecho pues provocaría la inseguridad de los ciudadanos, de ahí que en los últimos tiempos haya habido fuertes movimientos por una simplificación de las Partes Especiales de los Códigos Penales, una tendencia a la descriminalización de conductas.

Ahora bien, se ha afirmado que la descriminalización es un cambio de visión política, la verdad es que a veces es así, en ejemplos como el del aborto, el incesto, el adulterio, revelan que la descriminalización en

realidad es para restaurar la autoridad de la justicia que ha demostrado su incapacidad para controlarlos (211).

Al respecto es oportuno considerar el concepto de adecuación social manejado por Zipf para extraer del ámbito de lo punible los daños sólo leves a los bienes jurídicos. Dicha función de adecuación es la siguiente: "la adecuación social efectúa en las figuras delictivas creadas a partir del saber experimental acerca de la lesividad social las correcciones de tipos para mantener las normas penales en armonía con la vida social de la comunidad" (212).

En los daños leves no hay esa adecuación es preferible trasladarlos a otra esfera de protección no penal.

Es el principio de intervención penal mínima y la exigencia de realizar finalidades de prevención general lo que rige la actividad *descriminalizadora*, buscando que la fuerza intimidatoria de las penas se centre en los delitos más graves. (213). Con ello se aliviaría la sobrecarga de trabajo del sistema penal permitiéndole encargarse con mayor seriedad de los asuntos más graves y urgentes, evitando así, la superpoblación penitenciaria y la estigmatización de personas. Con ello se adaptaría la legislación penal a las realidades de nuestro tiempo. Ya con Baratta, al

(211) En cuanto al aborto y delitos sexuales se ha originado en legislaciones europeas verdaderos fenómenos de descriminalización.

(212) ZIPF, Heinz, "Introducción a la Política Criminal", Ob. Cit. pág. 104.

(213) Un punto pesimista lo plantea Peris Riera quien afirma que en España existe gran dificultad para desarrollar un movimiento de esta naturaleza y cita las objeciones incluso ante las tímidas manifestaciones en el Proyecto de Código Penal pues se amplía la competencia de la autoridad administrativa. Vid. DESPENALIZACION. pág. 11 y sgts.

referirse a una política penal alternativa, se observa una perspectiva de una construcción de los problemas sociales que evite el uso excesivo de definiciones de criminalidad: "el principio cardinal del modelo de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más rigurosa reducción posible del sistema penal" (214).

La descriminalización legal logra que determinados comportamientos puedan dirigirse a niveles diferentes que ofrece la organización societaria, sin recurrir a la justicia penal, bajo condiciones que permitan y contribuyan a la libre comunicación entre aquellos que están implicados, al mismo tiempo involucra estrategias sobre cómo liberar organizaciones tales como la policía y los tribunales de un sistema de referencia que les aleja de la variedad de la vida y de las necesidades de los que están directamente implicados.

Debemos descubrir que hay áreas donde la legislación es inútil y donde la legislación adicional para reforzarla sólo aumenta su inutilidad, es decir, un planteamiento de lo irracional que resulta la reacción formal contra la conducta que no representa un peligro real para los valores sociales, que lleva a afirmar que la libertad individual no debería restringirse a menos que sea absolutamente necesario, y que el derecho penal no debería utilizarse para imponer nociones morales, religiosas o ideológicas de ciertos sectores sociales.

(214) BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, México, Ed. Siglo Veintiuno, 1986, pág. 237.

Una mayor comprensión de la conveniencia de que las reacciones sociales, cuando son necesarias, consisten en medios no penales como la compensación del derecho civil o medidas de acción social: "cuando se considera la posibilidad de descriminalizar ciertos delitos es conveniente pensar en medidas alternativas, no penales y de supervisión"(215). Aclarando que la tarea de descriminalizar no es desproteger posibles víctimas sino reconocer que el derecho penal no es el medio más adecuado para cumplir dichas funciones de protección sobre todo por su comprobada ineficacia al amplificar, en ocasiones, una conducta simplemente desviada.

Hulsman propone el perfeccionamiento de los programas de prevención y descriminalizar (216):

1. Cuando la conducta ya no se considere indeseable.
2. Cuando se puede acudir a otros sistemas.
3. Cuando se pueden cambiar factores exteriores a la conducta, perfeccionamiento del sistema vial, reparación de carreteras, mantenimiento de automóviles etc., para los casos de accidentes o infracciones de tránsito. Agregando los recursos aportados por la victimología para evitar víctimas de delitos.
4. Cuando se trate de delitos sin víctima: homosexualidad, aborto, prostitución, consumo de drogas, tentativa de suicidio, alcoholismo, juegos ilícitos, bigamia, incesto.

La descriminalización puede llevarse a cabo en la Parte General y

(215) CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización", Ob. cit. pág. 129.

(216) L.H.C. Hulsman, citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y Sistema social" Ob. Cit. pág. 354 y sgts.

en la Parte Especial. Aunque se efectúa en relación de delitos y faltas en concreto, lo cierto es que puede tener una mayor aplicación, ya que en la parte general la descriminalización actúa en los principios ordenadores del Código, por ejemplo, en la duración de las penas y en un caso concreto, en la reincidencia, en razón de la aplicación del principio de culpabilidad, ya que los textos legales que sirven para construir una norma penal, para derogarla o abrogarla, están dados no sólo en la Parte Especial del Código Penal, sino también en la Parte General, por lo que la descriminalización puede estar presente no sólo en los delitos sino también en las reglas de contenido general.

En realidad se están buscando las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones conflictivas y, cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado, de algún modo, los problemas son de naturaleza político criminal y no pueden ser resueltos adecuadamente con el automatismo de los conceptos teóricos (217).

La descriminalización es una evolución del Derecho Penal hacia otras soluciones no estigmatizantes para el sujeto activo del delito, que ofrecen otras vías no penales que intentan compensar a la víctima, se trataría de acercar al Derecho penal a los espacios colindantes de la responsabilidad civil y sobre todo, de la administrativa, incluyéndolo en el ámbito de un derecho general reparador que pretende compensar a la víctima o perjudicado, al tiempo que exigir al infractor el precio de la

(217) Vid. ROXIN, Claus, "Política Criminal y Derecho Penal" Ob. cit. pág. 28.

infracción, con ánimo rehabilitador o sin él..

A continuación se presentan tres respuestas del Estado frente a comportamientos, respuestas que sirven de base en la descriminalización legal de éstos:

- a) Total reconocimiento legal y social de comportamientos anteriormente contrarios a la ley.
- b) Neutralidad del Estado ante algunas formas de comportamiento.
- c) No intervención penal del Estado ante comportamientos indeseables.

Se analizan por separado cada una de estas respuestas que motivan la descriminalización legal (de iure).

- a. Total reconocimiento legal y social de comportamientos anteriormente contrarios a la ley.

La descriminalización legal se dirige a reconocer totalmente en su aspecto legal y social, un comportamiento anteriormente previsto en la ley. Por ejemplo, el comportamiento homosexual consentido entre adultos, es el reconocimiento de un derecho legal hacia una forma de vida que anteriormente era contraria a la ley (218).

Este tipo de descriminalización causa un impacto importante en otros sectores del sistema legal, pero eso no quiere decir que la represión

(218) Mireille Delmas Marty menciona que en 1982 en el Código Penal Francés, la protección está ahora limitada a los comportamientos homo o heterosexuales que tengan relación con menores de 15 años. MODELOS ACTUALES DE POLITICA CRIMINAL, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

de un comportamiento, signifique sólo un cambio de lugar que ha dejado de considerarse delictivo en el sector del derecho penal, por ejemplo, se siga sosteniendo que el comportamiento es repulsivo como tal y, aunque su ubicación sea ya distinta, la reacción es igual. Esto no debe ser así pues hay comportamientos que no merecen ninguna clase de reacción.

Los cambios en la moral y otros criterios sociales son más veloces que los que se producen en la legislación penal y, según la mayoría de la doctrina no existe una ofensa a un bien determinado (219). Sin embargo, no se pueden descalificar penalmente aquellos comportamientos que los favorezcan, así como viene ocurriendo en algunas legislaciones, las personas que favorezcan la prostitución o la homosexualidad podrán ser castigadas por el hecho de que sus comportamientos están limitando bienes constitucionales que sí son defendibles jurídicamente y en concreto por el Derecho Penal, pero cuando esto no es así la naturaleza de estos problemas no es específicamente penal.

Por otro lado, si la anulación de las disposiciones penales contra actos no lesivos lleva a un aumento de la frecuencia o cantidad de tales conductas, eso ya es irrelevante para el Estado, por ejemplo, la descriminalización de la venta y publicidad de anticonceptivos.

Esta forma de descriminalización no está compensada con otras formas de control oficial, indica, en general, que dichos actos no se

(219) Alemania y los países nórdicos se encaminan hacia la descriminalización de estos delitos porque no se reconoce que el Estado tenga la carga de imponer ninguna clase de moral que deba regular el comportamiento de sus súbditos.

consideran graves y con la descriminalización no hay una disminución efectiva porque no es eso lo que se busca. Además, el Consejo de Europa, reconoce el riesgo de que la descriminalización de estos actos pueda influir en las actitudes hacia delitos más graves del mismo tipo. Por ejemplo, la descriminalización de la producción y venta de material pornográfico puede tener efectos no deseados en la muestra al público o en el envío no solicitado de dicho material. Sin embargo, si un caso de descriminalización se prepara e implementa con cuidado, la posibilidad de que alguna vez tenga que ser revertido debido a efectos negativos inesperados, debe considerarse insignificante, simplemente porque siempre habrá una gran cantidad de caminos diferentes, generalmente más efectivos, de enfrentar las consecuencias indeseables de restituir el uso del derecho penal. Ante esto, el Consejo de Europa, advierte no olvidar que las razones para criminalizar son más basadas en los cambios políticos que en las consecuencias negativas de una descriminalización y, volver a criminalizar, no asegura la prevención de la conducta (220). Con todo y este riesgo la descriminalización ofrece ventajas: disminución de estigmas, concentración penal en delitos más graves etc., ahora que, siempre será adecuado implementar medidas para la revisión constante de sus efectos con el fin de evitarlos, reducirlos o eliminarlos y ello en el marco de legislaciones y medios alternativos.

En cuanto al ultraje público al pudor, Lejins sostiene que se han levantado los más encendidos debates, especialmente en los casos en

(220) CONSEJO DE EUROPA. "Descriminalización". Informe del Comité europeo sobre problemas de la criminalidad". Ob. Cit. pág. 90 y 91.

que se ha acusado de ello a ciertos artistas conocidos: "Quevedo, Oscar Wilde, Henry Miller, D. J. Lawrence, perseguidos en su tiempo, son hoy puntos de referencia clave en la literatura universal. En Italia se enjuiciaba a Pasolini por cada una de sus películas, pero al lado de esto ¿cuántas películas de dudoso gusto y espectáculos lamentables no se exhiben?" (221). Es decir que la pornografía comercial no se evita a pesar de su criminalización, la pregunta vuelve a surgir ¿quién decide lo que es obsceno o no?

La imagen pluralista de Estado y Sociedad excluye el tomar como base simplemente los conceptos valorativos de un determinado grupo y aplicar normas morales cuando se prohíbe reproducir, imprimir y publicar libros u ofrecer exhibiciones obscenas que lo único que hacen es favorecer la represión policíaca y administrativa.

Sobre el consumo de alcohol y drogas se alega que el Estado no debe arrogarse por la vía penal, coercitivamente, la protección de la salud individual porque es más una enfermedad que un delito.

b. Neutralidad del Estado ante algunas formas de comportamiento.

La descriminalización legal puede llevarse a cabo no para reconocer legal y socialmente un comportamiento, sino para expresar un cambio de la valoración del Estado frente a determinadas áreas de la vida, es decir no es competente y se opta por no intervenir, por ser neutral. Por ejemplo: descriminalización de algunos delitos sexuales. Lola Aniyar comenta

(221) Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social" Ob. Cit. pág. 356.

cómo la moral sexual y la religión son elementos de mucho peso para el mantenimiento de algunas figuras y cita como ejemplo, que en ciertos estados norteamericanos se mantienen como delitos la masturbación, la fornicación y el adulterio. Mostrándose una gran cifra negra ya que el Informe Kinsey, presentado en el Coloquio de Bellagio en 1973 sobre descriminalización, reveló que, había cientos de miles de casos desconocidos por las autoridades en materia de actividad sexual censurada (222).

Estos hechos se caracterizan porque el temor a cometerlos o a ser sorprendidos cometiéndolos, no surge de la amenaza a la calumnia, el ridículo u otras formas de desaprobación social no formal o el temor al castigo moral.

El Estado en realidad descriminaliza para restaurar la autoridad de la justicia puesta en entredicho por su incapacidad para controlarlos. O en ocasiones lo que sucede es que hay una enorme cifra negra que revela su comisión por parte de un número incalculable de personas como sucede con el aborto.

Sáinz Cantero sostiene que, frente a los delitos de mayor gravedad, existen determinados bienes jurídicos cuyo ataque no puede ser evitado aun cuando éste se penaliza, por ello, en algunos supuestos, esos bienes jurídicos no deben ser penalmente protegidos, salvándose como muy acertadamente hace ver, entre otras cosas, un fracaso cierto y seguro del

derecho penal en ese ámbito. Así, Sáinz Cantero explica de este modo el rápido movimiento que ha extendido por el mundo la tendencia a la descriminalización de los delitos sexuales y del área de las prácticas abortivas (223).

Un ejemplo de descriminalización se encuentra en España en la Ley de 26 de mayo de 1978, en que conductas que anteriormente eran constitutivas de los delitos de adulterio (224) y amancebamiento, dejaron de serlo y, en el mismo Código Penal Español, se regulan también delitos que responden a consideraciones morales superadas por la ética social pluralista actual y, aunque en 1978, se redujo el alcance de los delitos de estupro y rapto (225), se sustituyó el bien jurídico de la honestidad por la libertad sexual.

En este ámbito de consideraciones tendrían que suprimirse figuras como el matrimonio contraído con impedimento (226), o la atenuación de pena basada en el privilegio para la intención de ocultar la deshonra de la

(223) SAINZ CANTERO, J.A.: "El proyecto de Código Penal a la luz del movimiento Mundial de Reforma de las Leyes Penales", en: "La Reforma Penal y penitenciaria", Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 172 y ss. Citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, El proceso despenalizador, Ob. Cit. pág. 11.

(224) El adulterio era el delito más grave contra la honestidad en el Código Penal de 1822.

(225) Este es un ejemplo de descriminalización parcial, ya que esta puede ser de grado, ya sea reduciendo el ámbito del delito o reduciendo la pena prevista.

(226) Como el art. 472 del Código Penal Español: "el que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio será castigado con la pena de prisión menor".

madre en el infanticidio (227). En cuanto a esta figura del infanticidio, se trata de un hecho, más merecedor de una agravación, que de una reducción de pena, ya que el pequeño no tiene ninguna posibilidad de defenderse. No puede atenuarse un hecho con el débil argumento de que se defiende la honra de la madre.

Todo esto merece consideración para evitar interpretaciones sobre la moral, honestidad, buenas costumbres.

c. No intervención penal del Estado ante comportamientos indeseables que aún están dentro de su competencia.

La descriminalización no es sólo cambio de opinión respecto a comportamientos o competencias estatales, puede ser el comportamiento indeseable y el Estado ser competente, sin embargo opta por no reprimir penalmente a través de la descriminalización legal, dejando la solución a las personas interesadas, o, creando respuestas alternativas de organismos, ya sea dentro o fuera de su autoridad.

Este tipo de descriminalización es motivada por la convicción del legislador de los altos costos de criminalizar y de los escasos beneficios y prefiere no intervenir porque no hay medios alternativos prácticos para contrarrestar la situación no deseada, o bien es motivada por la existencia de medios alternativos en el derecho civil, administrativo o en sistemas distintos como el de salud pública, asistencia social y educativa.

(227) Como el artículo 410 del Código Penal Español: "la madre que para ocultar su deshonor matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor".

La descriminalización legal es una forma de reconocimiento de la tolerancia de la sociedad con respecto a varios tipos (formas) de comportamiento indeseable porque son inevitables: "el aumento del nivel de tolerancia no implica necesariamente condonar dicho comportamiento, sino que puede consistir en una reacción más balanceada y comprensible ante el mismo" (228). Y esto debe ser aceptado por el legislador, sin embargo, existen límites, por ejemplo, en el hecho de infligir un serio daño corporal, la descriminalización debe excluirse.

La descriminalización legal debe apoyarse en los casos que proceda, en la programación de mecanismos de control social informal lo que sería demasiado ambicioso (229).

Es difícil definir el papel del Estado frente a estos mecanismos, pero es claro que si no tiene objetivos definidos, el Estado no debe intervenir cuando los costos sociales y económicos de la criminalización de comportamientos indeseables resulte prohibitiva. Además, si se deja de criminalizar esos comportamientos indeseables para ubicarlos en una política social, es necesario entonces, la creación de estrategias sociales que ataquen los factores que están condicionándolos sin centrarse en los autores de esos hechos. Una sociedad no puede hacer mejor inversión que proveer a sus integrantes de viviendas, educación, salud y servicios sociales adecuados. Finalmente el Estado debe ayudar a esas instituciones sin controlarlas, ni destruirlas, a ser mediadores en la

(228) CONSEJO DE EUROPA. DESCRIMINALIZACION. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad. Ob. Cit. pág. 38.

(229) Ibidem, pág. 39.

solución de casos, conservando su autonomía y su justa dimensión, porque su actuación también es limitada, pues tan sólo se constituyen en un sistema de apoyo cuando la presencia de procedimientos formales no es necesaria. Deben fijarse criterios para determinar los casos y los tipos de conducta que puedan ser tratados por medios informales y también los mecanismos que aseguren que no se violarán los derechos individuales en el proceso mediante la estigmatización, la elección de chivos expiatorios y la condena injustificada de la comunidad (230).

No se pugna por el abandono de todos los esfuerzos por mejorar la tarea del sistema penal, pero sí por usarlo con medida y con necesidad. A veces el comportamiento que causa un gran daño provoca una gran condena moral y a pesar de ello puede tratarse con medidas simples de naturaleza positiva, por ejemplo: la energía que conduce al vandalismo a un grupo de adolescentes puede transformarse en actividades loables en el deporte, con mayor razón el comportamiento que no cause un daño grave. Como se ve la gravedad puede enfrentarse por la vía no penal, es decir con un enfoque diferente. De esta forma se pugna porque la conducta sea controlada estrictamente por otras fuerzas sociales que seguramente tendrán un efecto preventivo aún después de la descriminalización legal.

El Estado no abandona totalmente los intentos por controlar la conducta en cuestión, sino que se esfuerza porque este control sea más efectivo, comprendiéndose otros sistemas sociales para tratarla: el civil, el

(230) Ibidem, pág. 40.

administrativo, el de bienestar social, el sistema de salud y el educativo.

Para que estos sistemas intervengan deben desaparecer o reducirse los efectos estigmatizantes de la detección, sobre todo si la esfera de cambio es legal.

Ahora bien, desde el ámbito preventivo deben existir medidas no penales: cursos familiares, o en el caso de cheques en descubierto, un sistema de cheques garantizados.

Si la conducta indeseable aumenta al ser descriminalizada, ello es sólo repetición de la situación que existía cuando estaba criminalizada legalmente, pero allí la causa era otra, a saber el escaso número de casos denunciados, procesados y castigados y la ausencia de efectivos medios de control social informal.

Ahora bien, tampoco puede descartarse que cuando se descriminaliza hechos como el aborto, incesto y adulterio, la verdad se hace para devolverle a la autoridad su rol de eficacia que ha puesto en duda al no poderlos efectivamente controlar.

La descriminalización incide en los sectores centrales del Derecho Penal. Jescheck lo enuncia de esta forma, al igual que Sáinz Cantero quien habla de la descriminalización de los delitos de mayor gravedad. Jescheck al insistir en la no punibilidad del aborto en ordenamientos europeos, aduce: "es una de las intervenciones más destacables hasta el momento en relación al objeto tradicional del Derecho Penal" (231). O

(231) Jescheck. H. H. Citado por Peris Riera, Jaime Miguel, El proceso despenalizador. Ob. Cit. pág. 15.

como afirma López Rey, al presentar una clasificación de las diversas propuestas de reforma penal que existen, hay autores que pugnan por una abolición de los delitos sexuales y una descriminalización total del aborto que deberá ser estimado libre y, además según otros gratuito (232). O por el contrario, quienes afirman que el Derecho Penal debe mostrarse reticente frente a los delitos sexuales, como Pinatel: "la liberación sexual favorece el egocentrismo cuyas incidencias criminógenas son conocidas. Es principalmente un factor de disgregación de la familia. Los divorcios y las separaciones aumentan con la liberación sexual. Además la investigación ha mostrado la importancia de la falta de adaptación familiar en la criminogénesis. No parece oportuno ir demasiado lejos en la descriminalización de las infracciones relativas a la moral sexual, en materia de incesto, aborto y relación entre y con menores" (233).

En esta polémica que se presenta ante el legislador, quizá lo más adecuado en cuanto a desviaciones sexuales sería aumentar ampliamente las posibilidades de descriminalización de hecho, lo que llevaría paulatinamente a eliminar la incriminación legal de tales conductas.

Ahora bien, es ya el momento de abordar el problema del impacto de la descriminalización sobre el derecho civil, administrativo y otros sistemas sociales.

(232) Vid. LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, "La justicia penal y la política criminal en España", Ob. Cit. págs. 19 y 20.

(233) Citado por RICO, José M., "Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea", Ob. Cit. pág. 136.

3.2.1. El impacto legal sobre el derecho civil o administrativo.

Son varios los caminos a seguir una vez operada la descriminalización legal: remisión al derecho administrativo, civil, mercantil, laboral etc.

Se trata de medios menos lesivos para los derechos individuales que buscan mayor bien social con el menor costo social. La acción que lesiona preceptos ordenadores que no protegen intereses elementales y que sólo lo hacen en forma indirecta, no resulta, por lo general tan grave como para que sea necesario y razonable criminalizarla, la utilización de la pena criminal aparece como un abuso que va más allá del carácter especial de esta sanción y que tendría el efecto de disminuir su eficacia (234). Por eso la teoría del Derecho Penal procura distinguir entre lo injusto en sí, criminalmente reprochable y lo injusto administrativo como mera desobediencia a las reglamentaciones estatales. La descriminalización permite dentro del marco constitucional de la división de poderes, un prudente arbitrio para atenuar la gravedad de las consecuencias jurídicas.

Por eso debe dedicarse mayor atención a la víctima, lo que puede conducir al establecimiento de medios más eficaces de resolver conflictos, tales como la indemnización de la víctima, abriendo nuevas posibilidades civiles, administrativas, en sustitución de la justicia penal. Antonio Beristáin lo señala claramente: "Es posible que una víctima se considere satisfecha

(234) Vid. STRATENWERTH, GÜNTER, Derecho Penal. Parte General, Ob. Cit. pág. 25.

con una indemnización adecuada y que no presione para que se dicte una sentencia penal que podría tener efectos contraproducentes" (235).

En la justicia civil, las consecuencias de un fallo están en las manos de una de las partes y, muy a menudo, la parte perdedora no queda privada, por tal fallo, de todo poder entre las partes comprometidas, pero les deja espacio para la negociación posterior. Hay mayor garantía si los que están interesados en sus resultados influyen en su funcionamiento, la influencia de las partes es amplia en el sistema civil y muy limitada en el penal. El sistema administrativo está entre las dos. No es de extrañar que en la vía penal los intereses de las partes afectadas no sean atendidas debidamente o inmediatamente.

En el derecho civil se pesan los intereses lo que no impide control legal por apelación y no ofrece menos garantías contra las reacciones excesivas. El Consejo de Europa aconseja adaptaciones de sistemas alternativos de derecho civil o penal, así, en ciertos casos, la primera fase preventiva del proceso penal podría combinarse con la primera fase del proceso civil. La parte interesada podría pedir a la policía que identifique al presunto autor, así la parte interesada podría entablar la demanda civil en caso de no llegar a conciliación (236).

Estas medidas obviamente se concentran en reducir, conciliar o compensar el daño causado. Es precisamente por no usar estos

(235) BERISTAIN, Antonio, "Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales", Cuadernos para el diálogo, Madrid, Ed. Edicusa, 1977, págs. 60 y ss.

(236) Vid. CONSEJO DE EUROPA, DESCRIMINALIZACION, Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad. Ob. Cit. pág. 56.

mecanismos de control social informal que ha aumentado el número de casos sometidos a la norma penal. Un ejemplo lo es la conversión a ilícito administrativo del delito de conducción ilegal en España (237). En esta conducta lo decisivo no era el hecho de conducir, sino que el sujeto omitió el cumplimiento de un requisito administrativo, es decir, el permiso para poder conducir un vehículo de motor por la vía pública. Es el triunfo de la pena pecuniaria frente a la pena privativa de libertad de breve duración (238).

La infracción debe en determinados casos ser sustituida por la infracción simplemente administrativa y la consecuencia jurídica de la infracción penal -la pena- debe ser suplantada por sanciones administrativas dejando a la represión penal solamente los hechos más graves. Esto se identifica plenamente con el Derecho Penal como "ultima

(237) Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código penal.

(238) El tipo ha quedado sin contenido porque ya no cumple la función que le asignara el legislador de salvaguardar la potestad de la Administración para autorizar la conducción de vehículos de motor, quedando la seguridad del tránsito garantizada en otros tipos penales. Otros ejemplos de conversión a ilícito administrativo lo encontramos también en el Código Penal Español, en faltas que quedaron sin contenido por Ley orgánica 3/89, de 21 de junio: faltas por el incumplimiento o transgresión de los requerimientos previos que concretamente formulan las autoridades sanitarias, para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar perjudiciales para la salud pública; por infringir reglamentos, ordenanzas y bandos sobre epizootias, extinción de langosta y otra plaga semejante; por infringir disposiciones sanitarias dictadas por la administración sobre conducción de cadáveres y enterramientos; por arrojar animales muertos, basuras o escombros en las calles o en sitios públicos donde esté prohibido hacerlo o ensuciar fuentes o abrevaderos; por infringir reglas o bandos de policía sobre elaboración de sustancias fétidas o insalubres o las arrojen a la calle.

ratio" (239).

Ahora bien, puede pensarse en dos cuestiones planteadas por Nuvoione. La primera referible a que algunas infracciones a las normas penales son de poca importancia por el ínfimo valor de los intereses sociales en disputa y, y la segunda, referible a la desconfianza en el efecto intimidatorio de las sanciones por faltas. A pesar de esto último, no está justificado aplicar un recurso de carácter más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más leve. Tan reprochable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro (240).

Es este sector del derecho punitivo que no tiene carácter penal y

(239) Es oportuno mencionar que este cambio a la esfera administrativa es llamado por algunos autores despenalización. Es el caso de Peris Riera quien afirma que la despenalización es un movimiento que consiste en la conversión de determinadas infracciones penales en infracciones administrativas, cuando se considera que el ataque al ordenamiento jurídico representado por aquellas no tiene la suficiente relevancia que justifique la adopción de una medida penal. PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso despenalizador", Ob. Cit. pág. 21; en esta acepción del término despenalización se pronuncia además Bricola en "Teoría generale del Reato, Cit. pág. 14; Virga "Il provvedimento amministrativo", pág. 355; Tartaglione "La depenalizzazione delle infrazioni stradali" pág. 50; En España Sáinz Cantero "El Proyecto de Código Penal" pág. 172 y ss.; Parada Vázquez "El poder sancionador de la Administración y la crisis del Sistema Judicial Penal, en Revista de Administración Pública, No. 67, pág. 62.

(240) Al respecto consúltese MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal". vol. I, Tr. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pág. 31.

que adquiere relevancia en el proceso de descriminalización legal (241).

No significa que esas infracciones observadas como menores dejen de ser penadas sino que, pasan a castigarse prescindiendo de las garantías penales. Pero con lo apuntado no deben traducirse en privación de libertad, pues son ilegítimas las leyes formalmente no penales que imponen sanciones que constituyen auténticas penas y por tanto convierten de hecho en delictivas -con las correspondientes consecuencias sociales- las conductas que jurídicamente no lo son, es por eso que autores como Ruiz Vadillo, cuando se habla de la transformación en ilícitos administrativos, afirma que las garantías propias de derecho penal no deben desaparecer: "como presupuesto básico hay que exigir, que imperen los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de culpabilidad y la plenitud de garantías propias del proceso

(241) De igual forma se han descriminalizado en el Código Penal Español: artículo 578: "los que dieren espectáculos públicos o celebraren cualquier clase de reuniones sin obtener la debida licencia o traspasando los límites de la que les fue concedida y los que abrieren establecimientos de cualquier clase sin licencia de la autoridad cuando fuere necesaria". L.O. 3/1989, 21 de junio. Artículo 580: "Arrojar a la calle o sitio público agua, piedras u otros objetos que puedan causar daño a las personas o en las cosas". L.O. 3/1989, 21 de junio.

Artículo 580: "tener en los parajes exteriores de su morada sobre la calle o vía pública objetos que amenacen causar daño a los transeúntes". L.O. 3/1989, 21 de junio.

Artículo 581: "el contravenir reglas de seguridad que puedan causar estragos como incendio o derrumbes". L.O. 3/1989, 21 de junio.

Artículo 583: "los que causen lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales ni exijan asistencia facultativa; el maltrato al cónyuge o hijos menores de palabra u obra sin causar lesiones; los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas; la falta de respeto a los padres o tutores. L.O. 3/1989, 21 de junio.

penal..." (242).

Simultáneamente, también se afirma que, debe existir una identificación entre el ordenamiento penal y los no penales en los beneficios que suponen las garantías derivadas de los principios de legalidad, presunción de inocencia, jurisdiccionalidad etc. (243).

Esto debe considerarse con sumo cuidado porque un poder sancionador autónomo en manos del Ejecutivo, implica un grave peligro para la seguridad de los ciudadanos, pues nada se opondría a que, bajo la denominación de simple sanción administrativa se encubriesen males cuyo contenido material fuese más grave que el de la mayor parte de las penas criminales. Situación que no debe considerarse irreal desde el momento que algunos autores plantean que, muchas de las sanciones que imponen las autoridades administrativas, alcanzan mayor gravedad y trascendencia que algunos castigos que establece el Código Penal (244).

Visto así no sería correcto -se insiste en ello- restringir la libertad personal mediante sanciones administrativas puesto que se trata de sanciones que se aplican a violaciones de bienes carentes de relevancia constitucional. Por tanto, la libertad personal funcionará siempre como un límite constitucional, límite por excelencia respecto de la magnitud de la

(242) RUIZ VADILLO, Enrique, "Descriminalización y despenalización. Reforma Penal y descriminalización". Ob. Cit. pág. 380.

(243) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales", Ob. Cit. págs 60 y 61.

(244) Vid. CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA, F., "Faltas penales", Citado por Peris Riera, Jaime Miguel, "El Proceso Despenalizador", Ob. Cit. pág. 226.

sanción que es posible aplicar a la conducta descriminalizada (245).

No es válido extraer una figura del Código Penal para, colocándole etiqueta distinta, sancionarla igual que cuando estaba en el Código Penal, por ejemplo, la prostitución no está contemplada en el Código Penal -ello en algunas legislaciones-, pero a las prostitutas se les sanciona administrativamente con privación de la libertad, con la desventaja de que, no se les sigue un proceso penal, impidiéndoseles la defensa y todas las garantías que implica tal procedimiento, aunque un juez no penal la imponga, evidentemente es privación de libertad (246).

Lo paradójico es que se llega como resultado a criminalizar de hecho actividades que han sido descriminalizadas legalmente.

En España hay supresión de toda reglamentación, excepto de quienes se aprovechan de la prostitución ajena o la favorecen, pero con base en la ley de peligrosidad o rehabilitación social y con la intervención del Patronato de Protección de la mujer, la prostituta puede ser sometida a medida de seguridad que, finalmente es una privación de libertad, por un órgano administrativo.

La realidad muestra que se trata en verdad de una privación de libertad impuesta por un órgano administrativo, como lo es el Patronato, con base en el argumento endeble de la peligrosidad y no de la comisión

(245) Vid. En el texto Constitucional español se afirma que la administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad: artículo 25,3 C.E.

(246) En México, la prostitución no es delito, sin embargo, sucede exactamente la situación expuesta ya que, la prostitución es ilícito administrativo sancionado con privación de libertad.

de un hecho tipificado como delito. Lo adecuado sería atender más a las causas que a los síntomas, más a la incultura, la miseria, la falta de puestos de trabajo, la ausencia de medicina preventiva y de educación sexual. Tal actitud estatal sería respetuosa de la dignidad y libertad (247).

Otro aspecto que podría ofrecer críticas es el relativo a la sanción pecuniaria, pequeña o grande, cuando afecta el estado económico de aquel que la debe sufrir, sin que existan ya las garantías penales porque ya no están en ese ámbito, sin embargo, se afirma que son inconvenientes de la propia sanción pecuniaria y no problemas de la descriminalización, en otros términos, son resultados lógicos del proceso descriminalizador, pero no por ello razones suficientes para renunciar a él, sobre todo si se piensa que el sujeto goza de los beneficios que supone el no considerar su falta como delito, resultando que debe asumir todas las consecuencias que ello comporta, pero que ya no son penales. En relación a este aspecto, la sanción pecuniaria plantea el problema de su conversión en privación de libertad por falta de pago, para evitarlo debe preverse legislativamente la posibilidad de pago en cuotas o plazos y también su pago mediante prestación libre de trabajo, pero nunca imponer automáticamente la privación de la libertad puesto que sería tanto como sancionar penalmente por deudas.

Tampoco se puede olvidar aquella objeción según la cual la

(247) Al respecto consúltese RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Temas de Derecho Penal", Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1977, págs. 173, 174 y 175.

descriminalización hace perder el efecto intimidatorio de la sanción, pero, aunque esto desaparezca y la persona no tema, es preferible correr ese riesgo que permitir la conversión de la misma en privación de libertad. Pero de una o de otra manera, la administración nunca estará capacitada para adoptar medidas restrictivas de la libertad personal a comportamientos que no son graves. Si esto se subestima, entonces no se ve claro cómo pueda avanzar una adecuada política descriminalizadora (248).

Además de lo expuesto, es oportuno considerar nuevamente, que las conductas antisociales con una baja punibilidad, deberían trasladarse a un cuerpo normativo distinto del penal, convirtiéndose de delitos en ilícitos no penales. Reflexiónese en los efectos irreversibles que, aunque en poco tiempo, causa la privación de libertad en sujetos que sin haber cometido hechos graves se someten a un tratamiento resocializador que, por otra parte, quedará inconcluso. Ante ello, podría sugerirse que figuras, cuya punibilidad media aritmética no exceda de tres años de prisión, puedan dejar el universo penal, y trasladarse así al ámbito de la sanción pecuniaria, a la suspensión, retiro de la licencia de conducir, en obligación de prestación de servicios de utilidad pública, etc., reacciones que, sin ser benignas, al perder su carácter penal, perderían su carácter

(248) Aguiló Monjó estima que la gravedad es la lógica consecuencia de una previa valoración legal del hecho. Según este criterio, el ilícito administrativo quedaría constituido por aquellas acciones que el legislador, atendiendo a su mínimo desvalor ético-social, ha considerado como simples bagatelas, mientras que el ilícito penal será algo más que una infracción de bagatela. Citado por Peris Riera, Jaime Miguel, "El Proceso despenalizador", Ob. Cit. pág. 226.

estigmatizante (249).

Zipf por su parte propone para estas lesiones leves de bienes jurídicos individuales una acción penal privada obviamente concebida sin sanciones criminales lo que, según él, activaría la propia responsabilidad de todo ciudadano que en ocasiones llevaría, incluso, a una mejor autoprotección ante daños delictuales y por otra parte, se presentaría bajo otra luz el problema de la transposición de la punición a instancias extrajurídicas en este ámbito, teniendo como resultado una concentración de la actividad penal en lesiones graves de bienes jurídicos, en que la exoneración de estas lesiones leves es el precio de la efectividad de la tutela jurídico penal (250).

En la exposición de este trabajo se han dado ejemplos tomados del Código Penal Español, ahora se exponen otros comentarios en torno al Libro III del mencionado ordenamiento, de igual forma, se sugiere, la descriminalización de algunos comportamientos a manera de un intento por analizar adecuadamente la actividad legislativa.

El Título II del Libro III del Código Penal Español. De las faltas contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones, está integrado por seis faltas (Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal B.O.E. 22 de junio). Este era un título muy

(249) La realidad demuestra que los sujetos acusados por un delito que conlleva una baja punición, sufren privación de libertad por el rezago que sufre el poder judicial.

(250) Vid. ZIPF, Heins, "Introducción a la política criminal", Ob. Cit. pág. 106 - 110.

diverso que comprendía infracciones como celebración de espectáculos sin licencia, que es una actividad eminentemente administrativa; otros como el daño ofensivo de las reglas de decencia que confunden moral y derecho, infracciones que no son más que infracciones administrativas.

Eso sí, subsisten en este Título II, el negarse a recibir en pago moneda legítima; falta de comunicación a la autoridad por parte de un facultativo de las señales de envenenamiento u otro delito en persona o cadáver que examinan; suelta peligrosa de animales feroces.

Y en cuanto al título III del Libro III, aun cuando se reducen a casi la mitad las infracciones, sin embargo, las lesiones sufren una modificación en cuanto que ahora no se les condiciona por el tiempo de duración de los efectos de la lesión (251).

Respecto al Título IV, dedicado a las faltas contra la propiedad se reducen de 24 a 9. Ya que existían figuras que ya no corresponden a la actualidad. Por ejemplo, el carácter penal de hurto de brozas y ramajes o el paso de viñedos, o la medición de la multa de acuerdo con la especie de ganado. Todo ello desaparece, en su lugar se incorpora una nueva falta de hurto de uso y la defraudación de fluido eléctrico.

En cuanto a ciertas conductas culposas en la práctica se ha

(251) Se comprende que, a pesar del criterio de la reforma de no condicionar el tiempo de las lesiones a la distinción del delito y la falta, éste no se puede dejar de tener en cuenta para una correcta interpretación de las lesiones que causen graves daños en la integridad del lesionado, que como consecuencia quedara impotente, estéril, deforme, enfermo psíquico incurable o que las lesiones se produjeran por tortura. Con lo expuesto se observa que la falta contenida en el Libro III es un residuo del delito de lesiones.

conseguido limitar el alcance desmesurado de las cláusulas generales de incriminación culposa por diversas vías y se observa una absoluta falta de interés en la persecución penal de infracciones mínimas culposas (252).

Ahora bien, en el Código Penal Español, constituirían materia administrativa y por tanto ser descriminalizadas, las siguientes figuras típicas:

Artículo 254 de tenencia de armas cuando no sea para delinquir. con una sanción de prisión menor.

Artículo 279 bis, de sustitución de placa de matrícula cuando no sea para delinquir: arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Artículo 322, de uso de nombre supuesto cuando no sea para delinquir: arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

Artículo 334, de quebrantamiento de la condena de privación del permiso de conducción: arresto mayor.

Artículo 339, de inhumaciones ilegales: arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Artículo 340, de violación de sepulturas: arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

(252) Los daños culposos sobre cosas deben ser exclusivamente objeto de responsabilidad civil y, cuando han sido ocasionados con vehículos de motor, procede la privación del permiso de conducir por un tiempo determinado. Para su abundamiento confróntese RODRIGUEZ DEVESA, J. M., "Derecho Penal Español, Parte General", Madrid, Gráficas Carasa, 1981, pág. 466.

Artículo 342, del despacho de sustancias nocivas sin cumplir las formalidades reglamentarias: arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Artículo 507, entrar en heredad cerrada o campo vedado: arresto mayor.

Artículo 573, de la falta por negarse a recibir en pago moneda legítima: 1 a 10 días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

Artículo 584, 1o., 2o., 3o., de la falta por el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad y al cuidado de enajenados y ancianos: arresto menor o multa de 25.000 a 75.000 pesetas al arbitrio del tribunal.

Artículo 584, 4o., de la falta por lucrar con el producto de faltas contra la propiedad cometidas por menores: arresto menor o multa de 25.000 a 75.000 pesetas al arbitrio del tribunal.

Las reacciones a estas conductas contenidas en el Código Penal son mínimas: prisión menor, arresto mayor y arresto menor. ¿Tiene algún sentido la imposición del castigo penal? Verdaderamente bastan estos ejemplos para darse cuenta que no se cumple el principio de intervención mínima y carece de sentido estigmatizar al individuo en aquellos supuestos fácilmente convertibles en simples ilícitos.

Ahora bien, también es de llamar la atención que, existen supuestos en que se deja al arbitrio del tribunal la decisión de imponer o no la

privación de libertad (art. 584 C.P.E.), y en caso de no imponérsele al individuo, se produce una verdadera descriminalización fáctica, posibilitada a nivel legal. Si esto es así, ¿no sería factible retirar definitivamente del Código Penal estas tipificaciones?, dejando existente la multa pero en otro ordenamiento, es decir abriendo paso a otras medidas no penales, más efectivas que la pena privativa de libertad -por mínima que esta sea- dado el daño mínimo de que se trata.

3.2.2. El impacto sobre otros sistemas sociales.

Es la hipótesis en que figuras delictivas con baja punibilidad pierden su carácter de delitos, convirtiéndose en ilícitos no penales.

El Estado no interviene ante algunos comportamientos indeseables dejando su solución a otros sistemas distintos, como la salud pública, asistencia social y educativa. Medidas alternativas que atacan no a los comportamientos antisociales, sino los factores que los condicionan, por ejemplo, el cambio de las características físicas del medio, como cambios en las rutas y diseño de automóviles con el fin de reducir accidentes de tránsito; qué decir de los dispositivos de seguridad para reducir el hurto de automóviles, en los centros comerciales o en los bancos; o bien, el mejoramiento del alumbrado público para evitar asaltos.

En estos sistemas el temor al estigma desaparece. La fuerza de estos sistemas debería radicar en la prevención de la conducta indeseable, no a través del temor, sino en el cambio de las condiciones sociales (por ejemplo, propiciar un cambio en las relaciones familiares

para disminuir la violencia en el hogar), económicas, ecológicas, físicas psicológicas, médicas y educativas que han dado lugar a dicha conducta y esto es así porque desaparece el efecto intimidatorio de la norma penal.

En situaciones de rechazo, la situación indeseable puede canalizarse a organismos públicos y privados, o bien, acudir a soluciones legales que consistan en contratos civiles o comerciales, como una alternativa a medidas penales; o procedimientos civiles o administrativos, por ejemplo, en un arbitraje, con una compensación por daños.

Los sistemas sociales, civiles y administrativos pueden actuar conjuntamente; los servicios sociales y legales, como así también las autoridades oficiales y los organismos privados o semipúblicos ofrecen, de esta manera, muchas oportunidades para la acción social y la cooperación (253). Todas estas posibilidades que son preferibles a la detención en una prisión, constituyen argumentos en pro de la descriminalización de algunos comportamientos puesto que quedan protegidos tanto víctimas como delincuentes.

Los servicios sociales también tienen sus propios medios de presión administrativos y económicos como vivienda, subvenciones, puestos de trabajo. Se debe observar que los servicios sociales y médicos gozan de una autoridad de facto que pesa fuertemente en la independencia de la persona que recibe ayuda y que está sujeta a un control relativamente pequeño (254). Se agrega, siempre y cuando sean verdaderamente

(253) CONSEJO DE EUROPA. "Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad", Ob. Cit. pág. 135.

(254) Ibidem, pág. 135.

alternativas al sistema penal, si actúan de manera respetuosa de derechos humanos, de otra forma, contribuyen al fracaso de la descriminalización legal.

De la misma manera las medidas sociales que se implementen deben auxiliarse de la tecnología. El progreso trajo consigo nuevas formas de criminalidad, pero también a él puede recurrirse para prevenir otras tantas, por ejemplo, la creación de nuevos sistemas de cerraduras para automóviles, la reducción de tramos peligrosos en los caminos, dispositivos electrónicos en tiendas de autoservicio que eviten el acceso directo del producto por su venta posterior evitando así robos. Lo siguiente confirma esto: "estudios demuestran que mientras un marcado incremento de intervenciones penales en ciertas áreas parece no haber influido en el aumento de los delitos, los cambios relativamente simples de naturaleza técnico preventiva han producido rápidamente resultados considerables (255). Agréguese, o servir de medio para evitar daños mayores. Incluso se sugiere la organización de un comercio minorista para que existan negocios más pequeños y personales con el fin de disminuir los hurtos.

Otro dato interesante lo es el recurso de la mediación, ya que siendo a nivel extrajudicial coadyuva. Las personas que la llevan a cabo hacen intervenciones discretas, pero determinantes, en conflictos que, fácilmente en la esfera penal, conducen a la decisión fría en una situación

(255) Ibidem, pág. 159.

dispar (256). La mediación es un espacio de libertad y comunicación que da una perspectiva de solución. el mediador adivina, intuye, qué ocurre en profundidad, cuáles son los miedos y las culpabilidades. Es un tipo de mediación no institucionalizada y no profesionalizada y que toma en cuenta la totalidad de la vivencia personal. Los mediadores no son jueces. Bernat de Celis cita a la Asociación Francesa S.O.S. Agressions-Conflicts, que funciona como mediadora en la resolución de ciertos conflictos interpersonales, que pretende ser a la vez un centro de acogida para las personas que se consideran víctimas de un tercero y un centro de mediación entre estas personas y aquellas de las cuales se quejan. Evitando que ciertas situaciones degeneren en asuntos penales. Es esta una práctica acreditada en algunas localidades extranjeras, particularmente en Estados Unidos (257).

En este rubro también cobra importancia intervenciones médico-sociales como sustitutos de la represión penal. Para comportamientos como el exhibicionismo, alcoholismo, drogadicción, vagancia, se sugieren medidas de carácter médico-social partiendo de la idea de que el delito ha dejado de ser intolerable para otros y que la presencia del control penal disminuye la eficacia de los esfuerzos médico-sociales. Dándose una descriminalización de facto por decisión de autoridades administrativas o judiciales: la policía no presiona con los

(256) Situaciones como agredir físicamente a la esposa o problemas entre dos colectividades que a diario enfrentan sus diferencias.

(257) BERNAT DE CELIS, Jacqueline, "En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. No. 11. Madrid, junio de 1986, págs. 129 y sgts.

cargos, la fiscalía invoca conveniencia, el tribunal no condena y ordena tratamiento médico-social. Este es un antecedente a la descriminalización de iure. Pléñese en la drogadicción y en la prostitución. Su prohibición es solicitada por los que se preocupan por la salud o la moral públicas y la investigación criminológica revela que la penalidad no los disminuye y que la clandestinidad es propiciada por la delincuencia organizada (la descriminalización de estas conductas no las desaparecería); lo conveniente es transferirlas a la responsabilidad administrativa pero eso sí manteniendo la criminalización legal de traficantes y proxenetas (258).

También resulta interesante reflexionar en la aplicación de programas alternativos que pueden resultar efectivos: los "diversion programs" y los "restitution programs".

Los "diversion programs" son programas diseñados para la rehabilitación del joven o el adulto, pero al margen de los canales propios de la justicia penal. Así, el joven que causó lesiones a un peatón conduciendo en estado de ebriedad, sería sometido a un tratamiento de seis meses antes de que tuviera lugar el juicio, retirándose la acusación en caso de cumplir con éxito todo el programa rehabilitador. De este modo, puede evitarse el estigma propio de la sanción penal. Ofreciéndose en

(258) Es oportuno hacer la observación de que el Consejo de Europa considera que algunos componentes de ciertos delitos son esencialmente de carácter médico-social, variando los ejemplos de un país a otro, y llama la atención que menciona delitos sexuales como incesto con menores, abuso de menores e incluso el infanticidio como necesitados de posibles formas de acción social no penal. Al respecto confrontar CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad", Ob. Cit. págs. 133 y sgts.

estos programas asesoría, servicios educativos y familiares así como asistencia médica.

Los "restitution programs" que contempla la devolución, por parte del infractor, de lo sustraído, de indemnizar o realizar trabajos útiles a la comunidad (259).

Con todo lo expuesto se pueden establecer algunos criterios en la actividad descriminalizadora:

1. Descriminalizar cuando la conducta ya no se considera indeseable (260).
2. Cuando se puede acudir a otros sistemas.
3. Cuando se pueden cambiar factores exteriores a la conducta (perfeccionamiento del sistema vial, reparación de carreteras, mantenimiento de automóviles para accidentes o infracciones de tránsito, los recursos aportados por la victimología para evitar víctimas de delitos).
4. Descriminalizar cuando se trate de delitos sin víctima (261).

Debe insistirse en una política legislativa donde las normas penales se reduzcan al mínimo indispensable y estén en coordinación estrecha con las no penales, que tienen carácter preventivo, dentro de un programa

(259) Los "diversion programs" y los "restitution programs" son medidas propugnadas por la teoría del labelling approach. A tal efecto consúltese GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Manual de Criminología", Ob. Cit. pág. 603 y 604.

(260) Algunos criminólogos y juristas plantean el caso del aborto.

(261) Por ejemplo actos cometidos entre adultos con su consentimiento: homosexualidad, prostitución, consumo de drogas, tentativa de suicidio, alcoholismo, juegos ilícitos, bigamia, adulterio, incesto.

de política general que tienda a la defensa de los valores constitucionales resultantes de las necesidades sociales, donde las reacciones a los conflictos sean poco desvalorizantes, poco estigmatizadoras de las personas, pero que tiendan a reestructurar la sociedad, a disminuir las exageradas desigualdades económicas y las irritantes injusticias sociales.

3.3 DESCRIMINALIZACION DE FACTO.

Descriminalización de facto: "fenómeno de reducción gradual de las actividades del sistema de justicia penal frente a ciertas formas de conducta en determinadas situaciones, aunque no se haya cambiado la competencia formal del sistema" (262). Más bien se diría que el Estado nunca pierde su competencia formal.

Se produce en varias formas:

1. Cambios en las pautas para denunciar el hecho a la policía.
2. Cambios en el poder de decisión de la policía.
3. Cambios en el poder de decisión del fiscal.
4. Discrecionalidad del sentenciante.

La investigación penal aclara la verdadera función del derecho penal y presenta casos en que ni la ley, ni la policía, ni los tribunales, ni las instituciones penitenciarias han cumplido sus objetivos, la ley en ocasiones no corresponde a la realidad social, los tribunales en ocasiones no tratan adecuadamente casos merecedores de mediación, parece

(262) CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización., Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad", Ob. Cit. pág. 166.

oportuno entonces, acudir a la descriminalización de hecho para dar mayor satisfacción a la víctima y al delincuente, valiendo más implementar fórmulas que permitan a las partes soluciones viables de común acuerdo, no acudiendo así al organismo estatal. Constituye un enfoque que busca soluciones mediante la minimización de la intervención del proceso penal tradicional y el mayor énfasis en el empleo de la conciliación y la mediación -entre otros recursos- para resolver problemas. Por cierto Antonio Beristáin expresa que varios representantes de países europeos estiman que es de la mayor importancia buscar otros procedimientos que sustituyeran a los procesos criminales y al encarcelamiento mediante los cuales se facilitara la solución extrajudicial de muchos casos (263).

Este fenómeno ocurre en la esfera fáctica, es decir, en la esfera de aplicación del derecho penal: "la esfera normativa es simbólica, la esfera de la aplicación es real... porque el delito no es el que está en los códigos penales sino el que efectivamente se persigue y se castiga... cuando sociólogos y juristas se sientan a hablar de descriminalización, no hacen sino poner de manifiesto estos niveles normalmente ocultos tras las elucubraciones sofisticadas de la dogmática penal" (264).

La descriminalización fáctica deja intacto el carácter penal del hecho, lo que impide es la aplicación efectiva de la ley, a veces por sobrecarga del sistema, criterios de la policía o porque el público desconoce el carácter delictivo o prefiere arreglos privados. Es importante

(263) BERISTAIN, Antonio, "Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales", Ob. Cit. pág. 55.

(264) ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema Penal y Sistema Social", Ob. Cit. pág. 346.

ver entonces, si la acción social es insuficiente o nula, si la ley es letra muerta o si los jueces pronuncian sentencias de escasa importancia (suspensión de la pena, condena condicional). En esa acción social se refleja el desarrollo que tiene una sociedad y el grado en que puede tolerar los comportamientos antisociales, hay correlación entre desarrollo y política criminal y medios que permiten determinar la cantidad de criminalidad que una persona puede soportar sin ser socialmente perturbada, determinación que es crucial en la formulación de dicha política (265). La descriminalización fáctica se puede presentar en los delitos "sin víctima", con los que se enfrentan a creencias tradicionales y el pensamiento moderno y con delitos menores contra la propiedad e infracciones de tránsito. Se coincide con Stratenwerth en el sentido de que las normas cuya transgresión se conmina con pena, de ninguna manera pueden decidir sobre los comportamientos que realmente llegan a ser objeto de una reacción jurídico penal. Por el contrario, en el proceso de aplicación del derecho podrá comprobarse una selección posterior (266). La descriminalización se ve en el nivel de aplicación, desde la detección y la denuncia de los delitos a través de contactos con la policía, fiscales y tribunales y éste es un proceso que muchas veces precede y precisa el acto de iure de la descriminalización y es que las acciones son consecuentes en este proceso, por ejemplo, cuando las víctimas dejan de informar sobre ciertos delitos penales a la policía porque no consideran que estos sean suficientemente graves para requerir la intervención

(265) LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, "La Justicia Penal y la Política criminal en España", Ob. Cit. pág. 70.

(266) STRATENWERTH, Günter, "Derecho Penal. Parte General", Ob. Cit. pág. 8.

policial, es el momento en que se debe considerar el excluir estas conductas del Código Penal, por eso, las instituciones que forman el sistema penal (policía, poder judicial) tienen una influencia considerable en el espacio político para descriminalizar (267).

La descriminalización de hecho deja intacto desde el punto de vista técnico-jurídico, el carácter de ilícito penal, con la libertad condicional o el sistema de prueba, o la liberación anticipada o el traslado a otro sistema (médico, asistencial, de salud mental, o de menores para algún delito en particular) y en ocasiones se considera mantener esa ilicitud, eliminando sólo la pena, evitando un posible desbordamiento de la conducta porque la tarea que le corresponde al juez no es acorde con el valor de los intereses en conflicto, lo que equivale a indicar que la despenalización se justifica cuando los ataques a la norma no revisten la suficiente relevancia social y no merecen la cualificación de infracciones penales (268).

La descriminalización revela que la criminalización efectiva de eventos tipificados penalmente no siempre ocurre. Claro ejemplo lo constituye el delito no registrado, es decir la cifra oscura de aquellos eventos considerados en la ley delictivos pero que pocas veces son

(267) Zipf alude a esto afirmando que la omisión de denuncia y con ello la ausencia de hecho de la persecución penal se relaciona, entre otras cosas, estrechamente con las posibilidades de la víctima de poder someter al autor a sanciones propias. ZIPF, Heins, "Introducción a la Política Criminal", Ob. Cit. pág. 110.

(268) Vid. PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso despenalizador", Ob. Cit. pág. 41.

incriminados efectivamente en tribunales (269), ello porque la víctima se abstiene de informar sobre lo realmente acontecido, generándose así, una descriminalización de hecho (270). Esta situación debe ser tomada en cuenta cuando la realidad social se mira a partir de la justicia penal, entre otras cosas, porque es indicador de la confianza o desconfianza en su aplicación.

El delito sólo es conocido por las instancias oficiales cuando alguien hace partícipe a los otros de su opinión sobre la conducta ocurrida y despierta la reacción social. Tal actitud es propia de las grandes comunidades urbanas contemporáneas ya que hechos negativos dañinos y reprobados, se cometen a diario frente a la gente sin que ello despierte ninguna reacción, como en caso de los hurtos que se cometen en supermercados y fábricas sin que se tomen medidas sobre el particular. Desinterés del público y desinterés de la empresa victimizada. No hay reacción pues la empresa se recupera con altos precios que paga el consumidor o salarios bajos que sufre el obrero y lo que era una conducta desviada se convierte en ventajas para el ladrón y la empresa. O debido al hecho de que se ha sustituido la justicia pública por la privada, como en los casos de arreglos con los clientes ladrones en los supermercados y tiendas entre otras cosas.

(269) Conducta delictiva que nunca aparece en las estadísticas y no se puede dejar de considerar el tamaño probable de esta cifra negra ya que es ella la que hace nugatorio el efecto de la criminalización de derecho.

(270) La falta de denuncia de delitos penales, ya sea por parte de las víctimas o de los testigos, es un determinante importante de la descriminalización de facto y, consecuentemente, también de cualquier descriminalización de iure subsiguiente.

Entonces se puede afirmar que la existencia de una norma jurídica no garantiza automáticamente que vaya a ser impuesta, ya que múltiples factores, basados esencialmente en la actitud de la audiencia social, impedirán la imposición efectiva. Sólo una parte de los hechos que de acuerdo con la ley serían punibles, resultan verdaderamente objeto de condena por parte de los tribunales, muchos delitos no son siquiera descubiertos y otros aunque descubiertos, no llegan a conocimiento de los órganos que ponen en marcha la persecución, así como en muchos otros delitos la persecución se interrumpe en algún estadio del procedimiento penal, sea porque ésta no se impulsa con suficiente intensidad como en el caso de bagatelas o porque tropieza con dificultades en el esclarecimiento de pruebas (271). Esto evidencia un amplio arbitrio en decisiones judiciales.

Entonces sólo aquella perseguida y registrada es delincuencia: "la descriminalización de hecho es en ocasiones, la gran burla del sistema a la legislación penal. O su complemento de equilibrio, si quiere verse como un subterfugio para neutralizar los efectos de una criminalización forzada o legitimadora" (272).

Hay quienes rechazan la descriminalización de hecho (de facto), defendiendo que la única descriminalización válida es la de iure, es decir, la decretada por la ley, por el ordenamiento jurídico, porque la de facto constituye un grave atentado al principio de seguridad jurídica (art. 9.3.

(271) Vid. Stratenwerth, Günter, "Derecho Penal. Parte General", Ob. Cit. pág. 8.

(272) ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema Penal y Sistema Social", Ob. Cit. pág. 353.

Constitución Española) y una violación al principio de legalidad. Así:

1. Sólo son delitos o faltas los eventos antisociales tipificados en la ley.
2. Todos los eventos antisociales tipificados deben ser perseguidos pues las cifras negras de criminalidad constituyen un motivo de grave decepción y desconfianza por parte de la Sociedad en el sistema penal y es lógico que así sea (273).

Así es que la descriminalización de facto es para unos una vía hacia la superación de la inflación penal y para otros es rechazable. Y por lo que a la cifra negra se refiere, un punto de política criminal, es reconocer que sólo una fracción de los hechos punibles efectivamente cometidos llega a ser objeto de procedimiento a cargo de los órganos estatales de persecución penal. No se conoce ni la relación global de los hechos punibles realmente perpetrados con los que llegan a conocerse, ni la relación en los grupos de delitos en particular, ni si esa cifra negra es igual en el curso de los años.

Por otra parte la descriminalización fáctica también puede originarse, entre otras cosas, por el desconocimiento de cómo funciona todo el sistema de control social de un país determinado.

Lo cierto es que hay una enorme cantidad de casos que jamás serán conocidos por la policía.

El desconocimiento de estos casos disminuye a medida que aumenta la gravedad y la visibilidad del delito, por ejemplo, antes de que

(273) Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, "Descriminalización y despenalización, Reforma Penal y descriminalización", Ob. Cit. pág. 379.

el aborto fuera eliminado como delito de los códigos penales franceses o ingleses, se decía que era conocido por la policía uno sobre cada cien abortos cometidos y en Inglaterra se conocían 250 de cada 50.000 ó 100000 de los que se cometían efectivamente. Una verdadera descriminalización de hecho que seguramente fundamentó la descriminalización legislativa basada en específicos criterios limitativos.

Ahora bien, es importante aclarar que hay una abundante cifra negra de comportamientos altamente nocivos a la sociedad de delitos que se cometen con tanta frecuencia y sin consecuencias legales que el hecho de que formalmente sean ilegales, a veces ni siquiera pasa por la mente de un observador.

Y, qué decir de los delitos sin víctima, son hechos que no se denuncian.

También esto se da porque ni testigos, ni víctimas le dan demasiada importancia al asunto, porque no saben, a ciencia cierta, si es delictivo o no, o porque simplemente lo único que quieren es olvidarlo.

A continuación se presentan dos reflexiones en torno a la descriminalización fáctica (de hecho):

1. Descriminalización fáctica de delitos mínimos o delitos (tolerables) frecuentes legislados penalmente que deberían descriminalizarse legalmente.
2. Descriminalización fáctica y la atención a los delitos más graves.

1. Descriminalización de hecho de delitos mínimos o de delitos (tolerables) frecuentes que deberían descriminalizarse legalmente.

Delitos mínimos y delitos frecuentes (tolerables). Hay delitos mínimos que no reciben sentencia firme en los tribunales, quedándose en uno cualquiera de los estadios del proceso penal por desinterés en el caso, o bien, no iniciando el proceso penal por falta de acusación privada o de insistencia en ella.

Muchos hechos no son perseguidos penalmente por las razones siguientes:

1. Por cambios en la actitud de las personas directamente interesadas, en tanto desisten de denunciar el hecho a la policía (274).
2. El hecho no es descubierto por la víctima.
3. El hecho no es percibido por la víctima como criminal.
4. La víctima desconoce que se trata de un delito y que puede perseguirse penalmente (275).
5. Por discreción de la policía que no interviene.
6. Por desconfianza hacia la policía.
7. Por temor a represalias del autor.
8. Porque hay posibilidad de obtener reparación por otra vía distinta de

(274) CONSEJO DE EUROPA. "Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad", Ob. Cit. pág. 20.

(275) El delito de adulterio, en aquellas legislaciones que lo prevén, como el caso de la legislación penal mexicana: art. 273 CP.



la penal (276).

9. Desinterés de la policía cuando no hay víctima.
10. Capacidad de movilización de efectivos de la policía, es decir, economía de su funcionamiento que jerarquiza la resolución de casos, según los intereses predominantes del momento represivo que se vive, optando por no intervenir en cierto casos, o canalizando la solución a otros sistemas legales.
11. Por ciertos límites impuestos por la institución de la prescripción penal cuando los plazos son cortos para ejercitar la acción penal.
12. La renuncia a la persecución penal.
13. El archivo del proceso.
14. Por aplicación del Principio de Oportunidad, en que se trata de una solución de carácter eminentemente procesal y que tiene como fundamento la aplicación de aquel principio de oportunidad que atribuye al Ministerio Público la potestad de archivar en los casos más leves y condicionalmente el procedimiento, evitando así, el inicio de la acción penal. Según explica Jescheck, en Alemania el Ministerio Público goza del poder de una particular competencia sancionadora porque en supuestos de gravedad mínima le está permitido, con el consentimiento del imputado, imponer una especie de sanción pecuniaria que, después de un tiempo y con la buena conducta de aquel, así como con el cumplimiento de un determinado tipo de cargas hace que éste renuncie a la acción

(276) La parte perjudicada prefiere resolver la cuestión sin la intervención de las autoridades, por medio de una retribución forzada o con la obtención de una restitución o compensación económica que es común, por ejemplo, en casos de vandalismo, hurto en tiendas y defraudaciones.

penal (277). Por su parte, Ruíz Vadillo afirma que esta solución está llena de peligros y pudiera incluso atentar el principio de legalidad establecido en la Constitución Española (278).

15. Por la posibilidad que se da en determinados ordenamientos jurídicos al imputado de reparar el daño cometido y demostrar su buena intención, se trata en realidad de una prueba que es impuesta por el tribunal, prácticamente es una modalidad similar al supuesto anterior, sólo que en este caso, quien establece los medios de prueba no es el Ministerio Público, sino el Tribunal (279).
16. Las actitudes de los diferentes grupos sociales ante conductas que son de poca importancia que repercuten en la eficacia de la función policial. Las actitudes y comportamientos de la gente son importantes en la medida en que están involucrados en el delito, sea como delincuentes o sea como víctimas, pues finalmente ellos sufrirán las consecuencias positivas o negativas de una descriminalización fáctica, sin que ella implique una disminución de la seguridad de las personas, pues ésta ha de aumentarse en áreas

(277) JESCHECK, H. H., "Linee direttive del Movimento Internazionale di Riforma Penale", en L'indice Penale, 1979, pág. 189, citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, "El Proceso despenalizador", Ob. Cit. pág. 15.

(278) Ruíz Vadillo se pregunta cómo es que alguien tiene el poder de perseguir delitos en función de no se sabe qué criterios de oportunidad o conveniencia. RUIZ VADILLO, Enrique, "Descriminalización y despenalización", Ob. Cit. pág. 378.

(279) JESCHECK, H. H., "Linee direttive del Movimento Internazionale di Riforma Penale", en L'indice Penale, 1979, pág. 189, citado por Peris Riera, Jaime Miguel, "El Proceso despenalizador", Ob. Cit. pág. 11 y sgts.

especiales de manera efectiva y adecuada (280).

Todo esto es argumento para alguna reforma penal en la que ciudadanos comunes influyen en el uso real del derecho penal.

El registro bajo en delitos que es común que ocurran, es indicio de que se le da poca importancia y puede resolverse de manera distinta a la penal (delitos sexuales menores como el exhibicionismo). Refleja una mayor tolerancia, aceptación y quizá hasta comprensión de tal suerte que su denuncia no pasaría de ser un fenómeno transitorio (que en ocasiones trae consecuencias negativas por despertar sentimientos de venganza). En relación a estos delitos, el Consejo de Europa aconseja evitar que se mantengan estos registros bajos: "la denuncia ocasional de hechos usualmente no denunciados, es problemática en varios sentidos. Además la continua criminalización de estos, está desprovista de los efectos positivos tradicionales, no sirve ni para disuadir, ni para educar a delincuentes o posibles delincuentes; tal vez todo lo contrario. La descriminalización se recomienda en la mayoría de los casos" (281).

La moral sexual y la religión mantienen muchas figuras legales, el Coloquio de Bellagio reveló que en algunos estados norteamericanos existía una descriminalización fáctica: "El informe Kinsey reveló que había

(280) Sucede en hurtos de un valor mínimo que no son objeto de indagación policial y son excluidos de las estadísticas criminales. En esa decisión influyen: el promedio del nivel de vida, la concentración de dichos hurtos en áreas urbanas, donde el nivel de vida es más alto y la necesidad de establecer prioridades en la actividad policial, dado el incremento de la criminalidad en delitos más graves y escasez de policías. Al respecto consúltese LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, "La Justicia Penal y la Política Criminal en España", Ob. Cit. pág. 68 y sgts.

(281) CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización, Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad". Ob. Cit. pág. 167 y ss.

cientos de miles de casos desconocidos por las autoridades en materia de actividad sexual censurada. En esta materia, así como en los casos de pequeños hurtos, hay muchísimos delinquentes habituales que nunca han sido ni serán detenidos durante su vida, llamémosle delictiva" (282).

Una situación contundente la constituye la protección penal de la propiedad. Se tenía como definitivo que cualquier atentado sobre la propiedad era indeseable y no se cuestionaba la intervención penal por parte del Estado, ahora es tal la sobrecarga del sistema penal que, simplemente, se cuestiona también su descriminalización, sobre todo si se toma en cuenta la protección no penal de los intereses de la propiedad y el camino de la restitución satisfactoria de lo perdido. Por ejemplo, el caso de cheques garantizados que en los Países Bajos ha dado lugar a una descriminalización de iure y en Alemania el tema de cheques sin fondo ha propiciado un buen grado de descriminalización de facto. En cuanto a hurtos cometidos por empleados en fábricas, talleres y oficinas son manejados por la gerencia y los demás empleados, mostrando la diferencia entre el juicio de la ley y la evaluación concreta de las personas involucradas. La intervención del sistema de derecho penal puede crear problemas adicionales en vez de resolver los que ya existen.

Sin embargo, la descriminalización de los delitos contra la propiedad encierra dificultades específicas, como el hecho de que se daría una cantidad de legislación casuística en el caso del robo, fraude, abuso de confianza y otras, ello haría abandonar los modelos tradicionales, pero con

(282) Trevor C. N. Gibbens: "La decriminalisation", Coloquio de Bellagio, 7-12, mayo 1973, citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social", Ob. Cit. pág. 357.

todo y ello no se debe abandonar la descriminalización, allí donde sea posible porque los daños son menores. Por ejemplo, en el caso de defraudaciones menores y el no pago en restaurantes, hoteles, transportes, lugares de entretenimiento, entre las medidas que se sugieren están el reembolso en un plazo corto, o la multa administrativa, pero eso sí teniendo cuidado de no reemplazar las consecuencias negativas del sistema penal con otras desventajas comparables. Se ha manejado que la sanción no penal también puede tener efectos preventivos. Las obligaciones civiles, los procedimientos de la policía, el simple registro, los tipos informales de control social, y aún el sólo hecho de ser detectado puede ser suficientemente preventivo de acuerdo con las circunstancias individuales del caso (283). Pero se insiste salvaguardando los derechos de defensa de la persona acusada y otras garantías procesales básicas, por eso debe evitarse la ausencia de la intervención oficial y verificarse que todo procedimiento alternativo equilibre el poder entre las partes y esté controlado por una posible intervención de autoridades imparciales, tales como tribunales.

En torno al ejemplo planteado, es un caso interesante de descriminalización de facto, en que el control social se ejerce dentro de la empresa, pero siempre planteando la posibilidad de recurrir al sistema de justicia penal, ante lo cual sería conveniente plantear ya una descriminalización de iure si el valor de los objetos sustraídos no exceda cierta suma, dejando en el ámbito no penal, sanciones como advertencia (restitución del objeto robado, multa establecida por los límites del salario

(283) CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad", Ob. Cit. pág. 238.

mínimo, cambio de sección en la empresa o despido).

Además, si en el caso de hurto, no se demuestra que sea un medio de vida, o estar en conexión con alguna organización destinada a ello ¿qué caso tiene incriminarlos?, además a veces es más costosa la acción policial que la falta cometida (284).

Lo cierto es que se tiende a descriminalizar aquellas conductas que han sido favorecidas por actividades cuyo riesgo debe asumir quien las emprende, caso del hurto en grandes almacenes (285).

Los partidarios de esta descriminalización se basan en que estos pequeños hurtos no demuestran ser medio de vida y no es efectiva su criminalización y, por otra parte, cuesta más la acción policial que la falta cometida. Sin embargo, hay quienes piensan que ello traería como efecto el irrespeto a la propiedad en general.

2. Descriminalización fáctica y la atención a los delitos más graves.

En ocasiones la criminalización legal de hechos graves no se aplica, generando una verdadera descriminalización de hecho. Se deberían implementar mecanismos para su aplicación. En relación a este punto

(284) Sobre esto ZIPF comenta que la omisión de la denuncia se relaciona, entre otras cosas, con las posibilidades de la víctima de poder someter al autor a sanciones propias, como lo hacen visible por ejemplo, los complejos de la justicia empresarial y del castigo privado de hurtos en establecimientos comerciales. ZIPF, Heins, "Introducción a la Política Criminal" Ob. Cit. pág. 110 y ss.

(285) Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Sistema Penal y Sistema Social", Ob. Cit. pág. 356.

Lola Aniyar indica que los delitos registrados en la estadística no incluyen algunas formas graves de conducta criminal: "en las estadísticas no aparecen los delitos cometidos por personas de alto status socioeconómico a menos que hayan sido excepcionalmente escandalosos y por tanto tampoco las formas delictivas que son características de esa clase social" (286). Corrupción de funcionarios, fraudes etc.

De igual forma se consideran las conductas graves que, no siendo cometidas exclusivamente por personas de alto status, lesionan bienes jurídicos de alto valor. Como por ejemplo, los delitos sexuales graves.

Estos hechos graves no son conocidos por las instancias judiciales:

1. Por desconocimiento de que se trata de un delito.
2. Por desconfianza a la policía.
3. Por temor a represalias (delincuentes violentos o bandas).
4. Incapacidad de la policía (técnica o de hecho) para descubrir el delito.
5. Interés de la policía en no descubrir el delito o en no perseguirlo en virtud de presiones de poder (287).
6. Porque los formularios de recolección de datos no son llenados

(286) ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Criminología de la Reacción Social" Ob. Cit. pág. 80 y ss.

(287) A veces la policía simulará o archivará una denuncia, sin hacerla realidad. Según algunos estudios, la cantidad de personas que mencionan haber denunciado un delito a la policía es considerablemente mayor que el número de casos realmente registrados dentro de determinada área y período. Al respecto consúltese CONSEJO DE EUROPA, "Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de criminalidad", Ob. Cit. pág. 121.

correctamente por los funcionarios correspondientes, lo que impide que se continúe la investigación.

Esto no quiere decir que deban crearse sanciones más graves para esos hechos, ya que sucedería lo mismo, el problema no está en el aumento de intimidación, el problema reside en asegurarse, teniendo la certeza de su aplicación, en virtud del aumento de la dotación de funcionarios y del rigor de los controles en su aplicación: la reorganización de la policía y la creación de lugares alternativos para la asistencia de las víctimas (instituciones semiprivadas) pueden ser una mejor solución por lo menos en la actualidad.

3. El sentido de la descriminalización fáctica.

La descriminalización de facto demuestra que la pena tiene un carácter mucho menos grandioso de lo que se pretende.

La descriminalización de facto puede culminar en un acto de descriminalización de iure, es más, en ocasiones se observa una tendencia hacia ella, se trata de casos donde la competencia formal del sistema de justicia está limitada para encarar situaciones determinadas y ciertos comportamientos, sólo con respecto a ciertas características del autor o de la víctima (por ejemplo, edad, sexo, o estado de salud mental). De igual forma, aunque la descriminalización legal no se dé, es muy importante encontrar caminos que lleven a una solución frente a comportamientos que pueden personalizarse; las personas involucradas y la comunidad pueden buscar la solución delegando o compartiendo con otros servicios legales o sociales o con organizaciones comunitarias. Es

de observar que en el Consejo de Europa se reconoce lo ambicioso de programar qué control social informal se haría cargo de esta clase de conflictos.

Así es que, si la policía deja de perseguir ciertos comportamientos, si el Fiscal, en lugar de actuar en función de la ley, archiva las actuaciones o que incluso el Juez dicte una sentencia simbólica prácticamente absolutoria o simplemente absuelva, si esto es así y, si estamos en un sistema democrático en el que el legislador considera que el hecho no tiene ya caracteres de delito, entonces por qué no lo extrae sin más del Código Penal.

A propósito de la policía, actúa en un amplio campo de decisión pues cumple en la realidad funciones de juez, ya que, decide quiénes son sospechosos, asociales, lumpen etc. y quienes no lo son, decide qué lugares o barrios son sospechosos, en suma, decide respecto a sujetos y conductas sospechosas.

La ley coadyuva a ello, piénsese en el hurto (los primeros sospechosos serán los desposeídos) o en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, que de antemano fija estados peligrosos (vagos, mendigos, etc.) y la policía tiene una labor de decisión sobre los "sospechosos" y además soluciona ella misma conflictos siempre y cuando no se trate de sujetos que pertenezcan a las clases bajas. En este sentido Bergalli apunta: "La policía agrega una pauta concreta de selección, de control, de criminalización. Por tanto, lo más normal es que la criminalidad aumente o varíe en razón de esta pauta que dependa del

sistema, la ley y sobre todo de la propia organización y formación de la policía; y en ese sentido, el propio control policial resulta un factor de criminalización, origen de la criminalidad" (288).

Ahora bien, los delitos perseguidos por acción privada pueden conducir a una descriminalización de facto, cuando mediante una indemnización a la víctima se evita el proceso y la pena. Y, a pesar de que esto podría prestarse a favorecer a las clases poderosas económicamente, se admite la posibilidad de que ciertas asociaciones pudieran realizar estas ayudas a quienes carecen de medios.

Es importante destacar que varios países ya han ampliado la gama de medidas de que pueden disponer los tribunales para dar por terminado el proceso (289), en particular:

1. La suspensión del pronunciamiento de la condena, con o sin condiciones.
2. La simple reprensión, con o sin promesa de buena conducta.
3. La suspensión de la ejecución de la pena pronunciada, con o sin condiciones.
4. La reparación de los daños, considerada como sanción de derecho público.
5. La comprobación de que el hecho no es socialmente peligroso y de que no es necesario pronunciar una pena.

(288) BERGALLI, Roberto, "La instancia Judicial", El Pensamiento criminológico II, Barcelona, Ediciones Península, 1983, pág. 71.

(289) Vid. BERISTAIN, Antonio, "Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales", Ob. Cit. págs 66 y 67.

Estas medidas no son privativas de libertad, sino en ocasiones consisten en ciertas restricciones en el ejercicio de determinadas actividades con el fin de limitar el número de encarcelamientos de corta duración o imponiendo a los jueces la obligación de justificarlos.

De esta manera la reforma del derecho ha de incluir la descriminalización de facto como medida tendiente a adaptar el sistema jurídico a los problemas generados que, junto con medidas económicas, sociales, educativas, culturales y sobre todo medidas legislativas adecuadas tengan como finalidad, la reducción de la delincuencia y de la intervención del proceso penal tradicional. De esta forma, se puede dedicar toda la capacidad del procedimiento penal a los delitos que causan una gran inquietud pública.

4. EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD Y REPRESION EN EL PROCESO CRIMINALIZACIÓN - DESCRIMINALIZACIÓN

La pena privativa de libertad tiende a traspasar los límites de un derecho penal garantista cuando no va en relación con el hecho realizado, y en ocasiones (por ejemplo, la reincidencia) con las características personales del sujeto, entrando en contradicción con el principio de igualdad y de justicia, generándose una verdadera crisis por su falta de correspondencia con las nuevas transformaciones del sistema social y el abuso del autoritarismo dentro del sistema penal. Sus efectos: angustias, depresiones, manías, organizaciones para el crimen, en suma, destrucción

de la persona. La garantía mínima de todas es que el sistema penal no signifique la destrucción de la personalidad del sujeto (290), y por lo que se refiere a la determinación cualitativa de la punibilidad, es innegable, que se ha abusado de la sanción privativa de libertad, no obstante que, se ha señalado exhaustivamente su fracaso.

4.1. RAZONES PARA CRIMINALIZAR - DESCriminalIZAR.

La reacción penal produce delincuencia: sanciones estigmatizantes, introducción del individuo en el medio contaminante penitenciario, sanciones excesivas que lo victimizan y provocan una recaída agravada, delincuencia que a su vez conduce a la creación de más normas penales porque mientras mayor es la desviación, mayor es la reacción social (291).

Y en lo tocante al tratamiento requiere disponer de grandes recursos, que hace muy difícil, incluso en países de gran desarrollo, poseer los establecimientos adecuados para ello (292).

La criminalización-descriminalización debe tratarse como un proceso que se adapte más a un Estado preocupado por la suerte de los individuos, que pretenda transformar las estructuras sociales y evite la estigmatización.

Se pretende aminorar la sobrecarga del sistema penal.

(290) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan, "El Pensamiento Criminológico II", Ob. Cit. pág. 473.

(291) La mayor alarma social produce la urgencia de nuevas normas penales.

(292) Vid. BUSTOS RAMIREZ, JUAN, "El Pensamiento Criminológico", Ob. Cit. pág. 107.

Se pretende influir en el comportamiento de los sujetos y resolver conflictos. Y en su caso (criminalización) ofrecer protección legal y un adecuado desarrollo del derecho penal.

4.2. OBSTACULOS PARA CRIMINALIZAR-DESCRIMINALIZAR.

1. La consideración de que la conducta delictiva es funcional al sistema es un obstáculo en la tarea criminalizadora -descriminalizadora ya que se enfrenta al excesivo formulismo burocrático y a la idea de que si es útil la conducta, entonces para qué descriminalizarla. Actitud como ésta es causante del estancamiento de las instituciones.
2. La consideración de que la conducta delictiva sirve de válvula de escape para que no se debiliten las instituciones fundamentales. Como ejemplo se da la prostitución, que permite mantener la institución matrimonial.
3. La consideración de que el delito permite orientar la agresividad social hacia las capas más desposeídas y no contra los detentadores del poder. En este sentido se justifica la no creación de severas medidas penales para los delitos de cuello blanco (293).
4. Tolerancia hacia ciertas conductas, formalmente consideradas delictivas, cuando están insertas dentro de una estructura organizativa que da preferencia a ciertos fines. Por tanto son útiles a los fines que el sistema propone.
5. La limitada capacidad de la función legislativa de adaptarse a los cambios sociales.
6. ~~Temor a que la descriminalización legal provoque aumento de los~~

(293) Vid. CHAPMAN, Denis, "Sociology and the Stereotype of the criminal" Londres, Tavistock Publications Ltd., 1968, Citado por ANIYAR DE CASTRO, Lola, "Criminología de la Reacción Social", Ob. Cit. pág. 62.

actos descriminalizados.

7. Temor a que la descriminalización legal muestre que en el pasado el Estado actuó con benevolencia.
8. La descriminalización legal de delitos menores se ve como falta de efectividad para enfrentar los delitos graves (294).
9. Se criminaliza por la incapacidad en la prevención del delito para incidir positivamente en la problemática delictiva por la escasez de recursos humanos y económicos y la ausencia de una planificación integral.
10. La acción de grupos de presión a favor o en contra de la criminalización-descriminalización.

Hay dos puntos que merecen consideración: las garantías legales que protegen los derechos humanos y las libertades, así como el peligro de la autodefensa y la venganza individual.

4.2.1. Garantías legales que protegen los derechos humanos y las libertades.

Se ha sostenido que la descriminalización afectaría la situación del autor debilitando sus garantías legales, es decir, al ya no ser un delito lo que comete, su esfera de ubicación es otra, y entonces ya no tiene derecho a las garantías propias del derecho penal (295), y se somete a controles legales diferentes menos rigurosos que no enfrentan debidamente la antisocialidad, por ejemplo, aquella reacción que en

(294) Erróneo, pues al liberarse el sistema penal de los delitos menores aumenta su capacidad para enfrentar los graves.

(295) Garantías tales como la del principio "in dubio pro reo", la del control de la ejecución de la sentencia, y otras de tipo procesal propias de la defensa, que son privativas de la esfera penal.

realidad implique una restricción a la libertad. Si esto es así, es decir, si se mantienen esta clase de intervenciones, entonces la descriminalización no sirve. Pero si se piensa en esto como obstáculo entonces no se ve claro cómo pueda avanzar una adecuada política descriminalizadora.

Otro aspecto a considerar lo constituyen las organizaciones privadas (en fábricas y similares) que asumen funciones penales, tal parecería que suponen estar ocupando un lugar vacío, el del derecho penal, desarrollando así medidas de control público que no garantizan la protección de los derechos individuales, entonces sí que se requiere la intervención del derecho penal. Sin embargo, no todas las actividades privadas nos dan pauta para decir que se da esta situación de una manera general, si así fuera, este trabajo no plantearía la descriminalización, hay reacciones privadas que no afectan los derechos individuales como las que se dan en los delitos menores, como robos, hurtos, agresiones e injurias, cuyo tratamiento es informal y controlado. De todas maneras no debe perderse de vista que la intervención penal es necesaria cuando a raíz de una reacción privada, el sujeto queda a merced de poderosas organizaciones privadas, por supuesto esto ya no tiene que ver con la descriminalización, sino con el exceso empleado en la reacción privada y no equilibrio en las situaciones concretas, puede haber situaciones en que la intervención del sistema de derecho penal es aparentemente preferible a cualquier otro tipo de control si se le mira desde el punto de vista de la protección legal. Pero en muchos casos son otros dispositivos de control legal y de control informal adicional los que cumplen con estos propósitos,

o que al menos son tan efectivos como el sistema de derecho penal (296). Esto ya irrumpe en el campo del delito pues ya implica violaciones a la libertad y seguridad personales, negando el equilibrio que debe imperar en situaciones concretas que se resuelven en la descriminalización.

4.2.2. El peligro de la autodefensa y la venganza individual.

En ocasiones se argumenta en contra de la descriminalización, el riesgo de volver a la venganza individual y a la autodefensa si el sistema penal no puede proteger a la población. Los que son víctimas o los que están amenazados por un delito, buscan protección efectiva y ayuda, sin importar el contexto legal o social en que se ofrece. Así recurren a la policía privada (297). Y algunas veces se crean sistemas judiciales privados que castigan a los ciudadanos actuando como si fueran autoridades públicas, por ejemplo, multas arbitrarias a personas que han hurtado, detenciones por sospechas, etc.

Cuando los agentes del modelo oficial no tienen los medios o la voluntad de hacer frente a la infracción o a la desviación, esta descriminalización de hecho desencadena a veces reacciones de autodefensa. En los supuestos de esta clase aparece a menudo el hecho de que la víctima que es objeto de nuevas agresiones denuncia a la

(296) Vid. CONSEJO DE EUROPA. "DESCRIMINALIZACION. INFORME DEL COMITE EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD". Ob. Cit. pág. 67.

(297) La proliferación de estas fuerzas policiales privadas enfrenta hoy a los Estados con problemas graves, ya que su reclutamiento no ofrece garantías y pueden llegar a ejercer una coerción ilegal sobre los ciudadanos: interrogatorios, allanamientos, amenazas, uso ilegal de armas.

policía sin efecto, antes de decidirse por sí misma a organizar su propia defensa, que puede llegar hasta una verdadera justicia privada (298).

Se trata de buscar una protección social más profunda, pero sin descriminalizar actos de violencia y ataques graves a las personas o a la propiedad, precisamente los actos que con más frecuencia provocan reacciones de autodefensa. Sin embargo, no se pierda de vista que la venganza privada surge aun cuando el delito no haya sido descriminalizado, por tanto no existe una relación de causa-efecto entre la justicia privada y la descriminalización, generalizar sería aventurado, además la descriminalización se tiene en cuenta sobre todo para delitos menores.

Otro aspecto que no puede perderse de vista en la autodefensa es aquella creada por miembros de la población para garantizar su seguridad, por ejemplo, en algunas poblaciones organizan patrullas de vigilancia nocturna o tienen un arma en casa, o bien, se organizan voluntariamente para combatir actos de contaminación en bosques. Tales organizaciones son legítimas y revelan que hay sectores de antisocialidad que resentirían gravemente una descriminalización y que hacen oportuna su criminalización por los bienes colectivos que entran en juego.

Estas organizaciones pueden actuar de manera diversa, proporcionada o excesivamente, y cuando son excesos, estos deben estar contrólados de forma estricta. Esto no es un argumento en contra de la

(298) Vid. DELMAS-MARTY, Mireille, "Modelos actuales de Política Criminal". Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 150 y 151.

descriminalización, pero indican la necesidad de medidas que acompañen la descriminalización, como la intervención penal por parte del Estado y de otras organizaciones que protejan a la población contra amenazas de fuerzas privadas. Por lo tanto cuando los sistemas de protección privada usen fuerza física organizada, violencia, o métodos que los haga aparecer idénticos a la policía estatal deben quedar prohibidos porque su organización contra el crimen sólo debe ser científica, que va desde el propio diseño de sus edificios, cajas sueltas, cámaras, puesto de observación, dispositivos de alarmas, conexiones automáticas con la policía. Hulsman aboga por el estímulo al uso de la autoprotección privada, a pesar de los riesgos de abusos que pueden presentarse cuando se usa policías privados o controles de la colectividad (299).

4.3. CAPACIDAD DEL SISTEMA PENAL Y EL COSTO DEL DELITO.

Se toma en cuenta conociendo sus recursos en un momento dado. Si hay sobrecarga de trabajo hay deficiencia a costo muy alto y ello porque no hay límites adecuados al crear normas penales. En general las decisiones sobre criminalización-descriminalización no se tomaron ni se toman de conformidad con estas consideraciones..

Sus problemas pueden ser de mano de obra y costos o referirse a la calidad de sus actividades para garantizar la libertad individual, la condena o el tratamiento.

En cuanto al costo del delito, ¿cuánto le cuesta a la sociedad el

(299) Vid. HULSMAN, L.H.C., "La decriminalisation. Coloquio de Bellagio", citado por Aniyar de Castro, Lola, "Sistema penal y sistema social", Ob. Cit. pág. 354 y ss.

delito? Hay costos fácilmente estimables desde el punto de vista económico, pero hay otros que dependen de valoraciones subjetivas, tales como el daño a la dignidad y honor heridos, la necesidad de cambiar de vecindario, el perjuicio para la formación de la personalidad de los hijos de aquellos que han sido señalados como delincuentes. O bien los gastos hechos por el Estado para la educación, salud y el incremento de la capacidad y calidad productiva de jóvenes y adultos que serán posteriormente reclusos por comisión de delitos. En ocasiones lo que ha sucedido es que se criminaliza sólo para satisfacer presiones públicas, sin tomar en cuenta la capacidad real para aplicar estas medidas y pagar sus costos.

Se han hecho clasificaciones (300) en torno al costo del delito que involucran serios aspectos:

1. Costo Público o para las finanzas públicas. Representa todos los costos de bienes y servicios utilizados en la prevención y represión del crimen y que hubieran podido ser invertidos en cosas importantes para la colectividad.
 - a. Incluye los gastos para la ejecución de la ley (número de fuerzas policiales, por ejemplo).
 - b. Gastos de la administración de Justicia. Que varía según el grado de desarrollo de un país y que depende de la calificación de los profesionales de la diversificación de los servicios, del mayor número de instrumental técnico-científico, etc.

(300) Vld. GIANNINI, Ma. Cristina. Economía y Criminalidad, en Capítulo Criminológico, No. 1, Órgano de Investigaciones criminológicas de la Universidad del Zulia, 1973.

c. Gastos por tratamiento.

2. El Costo Económico, es decir daños sobre personas o cosas que privan a la comunidad de su utilidad y/o servicios, como daño, lesión o sufrimiento padecido por la víctima (individual o colectiva, pública o privada) o los bienes.

La pregunta surge ¿no vale la pena reducir al máximo el catálogo punitivo, sin olvidar que lo más grave debe ocupar un primer lugar, como son los daños a la vida, los delitos sexuales graves, tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, la contaminación, la delincuencia de empresas multinacionales, la corrupción administrativa en pequeña y gran escala, la delincuencia organizada, la violencia política etc.

Todo esto en cuanto a delincuencia convencional, pero ¿qué sucede con aquellas conductas que no han sido debidamente tipificadas en la norma penal?, entonces también estas conductas desviadas no consideradas delictivas, pueden entrañar un alto costo social, pensemos en la relación entre costo y tipo de delito y así podemos afirmar que el producido por los llamados delitos de cuello blanco es muchas veces mayor que todos los atracos y robos del país, puesto que, según su especie, no sólo pueden incidir sobre la salud colectiva y sobre la marcha global de la economía, sino que alteran condiciones de vida, entrañan la ruina de pequeñas empresas, aumenta el costo de la vida y un alto costo moral, si se toma en cuenta que los autores de estos hechos son generalmente los líderes de la comunidad. Tomemos como ejemplo, el delito ecológico. Su costo social se traduce en la desprotección ilimitada que tiene la salud colectiva, como bien jurídico de alto valor, que no queda

debidamente tutelada con sanciones administrativas.

Otro aspecto de la valoración del costo social es la forma en que afecta a diferentes sectores de la población. Sobre esto se puede optar por no dar un caso al sistema penal sino a medios alternativos, o por no intervenir.

Por lo expuesto, se ha propuesto (301) que especialistas teóricos investiguen científicamente el costo del delito y lo confronten con el beneficio económico y social del sistema, de los controles sociales ideados y aplicados a la problemática criminal.

4.4 CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

El proceso criminalización-descriminalización se debe inscribir en el marco de una política social destinada a promover el perfeccionamiento del derecho penal, dentro de los límites que, para la intervención penal estatal se establecen. Una política de actividades encaminadas a reducir, y que no eliminar la criminalidad.

En este concepto no quedan descartados otros recursos jurídicos, políticos y sociales, su misión estribará en el desarrollo de todas aquellas medidas de política social orientadas a detectar y combatir las causas individuales y sociales de la delincuencia, cuyo último nivel -el más grave y contundente- lo constituiría la política penal en sentido estricto (302).

(301) Vid. BERISTAIN, Antonio, "Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales", Ob. Cit. pág. 244.

(302) Vid. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, Consideraciones previas ¿qué es la política criminal?, en Pensamiento criminológico II, Ob. Cit. pág. 247.

Todo cuanto se gaste en auténtica política de prevención no formal sino efectiva, se ahorrará después en la represión de la delincuencia (303).

El camino acertado sólo puede dejar penetrar decisiones valorativas político criminales: "La vinculación al Derecho y la utilidad político criminal no pueden contradecirlo, tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica" (304).

El Derecho Penal es la forma en la que las finalidades político criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica (305). Basados en exigencias del presente y del futuro, una Política criminal basada en la realidad y no en la mera técnica jurídica que fije su contenido, como se ve el problema no es tanto de crear un simbólico código, sino de incriminar como delictivas conductas que afectan verdaderamente los intereses de la realidad social.

En la política estatal no deben infringirse los principios de proporcionalidad, dañosidad social, tolerancia o subsidiariedad. En el trabajo legislativo rutinario, sin embargo estos criterios están más o menos tácitamente presentes en toda discusión sobre los límites de cualquier decisión político criminal (306).

(303) Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, "Descriminalización y despenalización. Reforma Penal y Descriminalización", Ob. Cit. pág. 377.

(304) Vid. ROXIN, Claus, "Política criminal y sistema del derecho penal", Ob. Cit. pág. 35.

(305) Ibidem, pág. 77.

(306) Vid. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Ob. Cit. pág. 77.

La idea de un derecho penal congruente con la realidad en que se vive encuentra su expresión en palabras de Rodríguez Manzanera: "al enunciar una pena, el legislador debe tener en cuenta los medios existentes en la realidad y las posibilidades efectivas de tratamiento; esto implica un amplio conocimiento de la realidad penológica de un país, pues hacer leyes que ordenen tratamientos utópicos, que no pueden efectuarse por ausencia de instalaciones adecuadas o falta de técnicos profesionales en Criminología o Penología, equivale a la violación automática de esa ley" (307).

Por lo tanto la realización práctica de las garantías constitucionales y de los principios informadores de la actividad legislativa penal exige un análisis previo de la realidad sobre la cual se quiere incriminar observando la necesidad o no de hacerlo.

Es necesaria, por tanto una planificación previa, que sea la consecuencia del conocimiento de esa realidad social que se quiere incriminar en un marco más amplio, el de los medios de los que se dispone para enfrentarla (legales, personales y materiales): normas penales, procesales y penitenciarias, locales, medios financieros, personal policíaco, judicial y penitenciario.

A continuación viene la determinación de objetivos a corto, mediano y largo plazo, así como de los costos y medios financieros disponibles lo que determinará la eficacia de la norma jurídica.

(307) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. "Penología. Reacción Social y Reacción Penal", México, Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho, 1983, pág. 99.

Para lo anterior ha de fijarse un procedimiento para el logro de objetivos: criminalización más o menos intensa y descriminalización total o parcial de determinadas conductas.

Esta planeación determinará los medios financieros que toda previsión legal suele exigir y su ausencia puede llegar a dar como resultado normas penales que sólo son criminalización simbólica (308). Una planeación previa que tome en cuenta el contacto con la realidad, que considere, entre otras cosas, el promedio del nivel de vida, el tipo de criminalidad en zonas urbanas y no urbanas y la cantidad de criminalidad que una persona puede soportar sin ser seriamente perturbada.

La planeación previa arrojará un contenido social que conformará la conducta y la pena oportuna y permitirá valorar las posibilidades técnico-dogmáticas.

Una solución político criminal para la cual una época aún no es adecuada, apenas tiene una posibilidad de realización, como Zipf lo indica: "quien hace la política jurídica ha de incluir en el cálculo tanto la capacidad de arraigo de la colectividad en lo tradicional como preparar el terreno para reformas con un trabajo de publicidad, pero no puede separarse de las corrientes fundamentales de su época". Además Zipf presenta un ejemplo, el de la descriminalización de delitos leves contra el patrimonio y su traslado al ámbito no penal del derecho de seguros, dejando una posición libre de los órganos de persecución penal en orden a la

(308) Es como introducir en un Código Penal el arresto de fin de semana, cuando la realidad demuestra que no se está considerando la ausencia de celdas individuales.

criminalidad grave. No obstante parece difícil que esta solución político criminal fuese comprendida por la colectividad (309).

El costo de la justicia penal puede ser elevado en razón del incremento de la represión penal. Así lo indica López-Rey cuando se refiere al presupuesto en justicia penal: "En algunos países la proporción es sensiblemente mayor, pero se debe en parte, a las sumas gastadas en lo policial, que incrementa a medida que el régimen imperante es menos democrático" (310).

Ahora bien toda la política criminal ha de estar basada en una política social. Sin pretender dar por cierta una relación causal entre la elevación del bienestar y seguridad social con el desarrollo de la criminalidad. Es importante establecer una cooperación de la política social hacia los factores sociales como criminógenos. El especialista en Política criminal, a tal respecto, tiene especialmente la misión de influir, mediante la política social general, en la modificación de relaciones de dependencia certeramente diagnosticadas en la estructura social y que fomentan el nacimiento del delito.

Otro punto importante es la cooperación de la sociedad democrática. Las funciones político criminales bosquejadas pueden realizarse con la cooperación de toda la colectividad, a través de su confianza y su colaboración. La comunidad en general y también en particular, en sus diversas instituciones sindicales, municipales,

(309) ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, Ob. Cit. pág. 159.

(310) LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, La Justicia Penal y la Política Criminal en España, Ob. Cit. pág. 59.

estudiantiles, obreras profesionales, políticas etc., debe tomar parte activa en la planificación teórica y práctica de la política criminal, sus importantes incidencias en la justicia social penal resultan imprescindibles para la acertada respuesta a la criminalidad (311).

Al mismo tiempo el Estado debe evitar reformas bruscas que más responden a situaciones transitorias que a necesidades sociales actuales, por eso toda actividad legislativa debe responder a las aspiraciones del conjunto de la población y a las exigencias de una evaluación científica de las necesidades y de los medios en materia de prevención y de contención de la criminalidad y no desembocar en el uso excesivo del derecho penal. En este sentido son oportunas las palabras de García Pablos: "buscar en las prohibiciones penales la solución del problema del crimen es una ingenuidad. Suponer que el derecho penal debe estimarse la respuesta natural, primaria y más eficaz en principio, una absurda crueldad propia del despotismo no ilustrado" (312).

Como corolario de esta primera parte es conveniente presentar las afirmaciones de Rodríguez Manzanera, quien plantea la necesidad de que el legislador se vea auxiliado por asesores profesionistas que hagan estudios previos de la realidad, y que opinan sobre:

- a. La efectiva necesidad de criminalizar una conducta.
- b. La pena adecuada para un tratamiento conveniente.

(311) Vid. BERISTAIN, ANTONIO, "Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales", Ob. Cit. pág. 244.

(312) GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Manual de Criminología", Ob. Cit. pág. 694.

- c. La conveniencia de la aplicación del tratamiento en determinados delitos.
- d. Las posibilidades reales de ejecución de la pena, en cuanto a instalaciones y personal.
- e. La variedad de penas posibles, para lograr una gama que dé varias alternativas al juez.
- f. Los sustantivos de penas desaconsejables (como la muerte, las corporales o la prisión) (313).

Con estas consideraciones es posible llegar a la legitimación de la actividad penal estatal como una acción de tutela de los intereses sociales.

(313) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, "Penología, Reacción Social y Reacción penal", Ob. Cit. pág. 99.

CAPITULO II

EL PROCESO CRIMINALIZACION -
DESCRIMINALIZACION EN LA REINCIDENCIA, EN
EL DELITO IMPOSIBLE (TENTATIVA INIDONEA) Y EN
LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE.

1. DESCRIMINALIZACION LEGAL: LA
REINCIDENCIA.

CAPITULO II

1. DESCRIMINALIZACION LEGAL: REINCIDENCIA.

1.1. CONCEPTO.

Una de las notas relevantes de la legislación penal sustantiva es su orientación positivo-peligrosista que ha ocasionado un grave deterioro del Sistema Penal que, a través de la criminalización legal y fáctica, ha acrecentado la desigualdad social.

Todo transcurre como si no existiere la Constitución que consagra un sistema alejado de la ideología positivo peligrosista y es, precisamente éste, el obstáculo que se debe remover (314).

Existe una gran tendencia a la criminalización y no sólo en la Parte Especial del Código Penal, también en la General por lo que, ahora se analiza la reincidencia como uno de los productos de la desenfrenada inflación legislativa.

El reincidente para el Sistema Penal es más peligroso o más culpable, pero lo cierto es que se le aumenta la punición con el argumento de que crea alarma social. Tal alarma se refleja en el Código Punitivo que lo trata con mayor rigor.

(314) Por ejemplo, la Constitución Española en su artículo 9, 2: "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

El Código Penal Español no es la excepción y lo contempla con un objetivo de prevención especial, que aísla por más tiempo al que "no se ha querido corregir", en aras de proteger a la Sociedad disponiendo de mayor tiempo para llevar a cabo la función rehabilitadora de la pena. Así, bajo el rubro "De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal", el artículo 10, 15a. plantea:

Art. 10,15a. CPE. Ser reincidente:

"Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor.

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo".

La reincidencia es vista en el Código Penal como una circunstancia de agravación de pena para la persona que ha recaído en el delito. No es cuestionable que el Derecho Penal busque una respuesta a esta recaída, lo que sí es cuestionable es que se busque en la agravación de responsabilidad penal. Ahora bien, de los requisitos del art. 10, 15a., es necesario enfatizar las hipótesis de reincidencia, como ejemplo está la

sentencia del Tribunal Supremo en la que se estima sobre esta materia:

La Audiencia Provincial de Sevilla condenó al procesado como autor de un delito de robo con intimidación y uso de armas, aplicándole además, la agravante de reincidencia. El único motivo del recurso del Fiscal, en interés del procesado, se ampara en el número uno del art. 849 L.E.C. para denunciar la aplicación indebida de la agravante 15a. del art. 10 del C.P. El Tribunal Supremo lo estima y, en su sentencia prescinde de dicha circunstancia:

2o. Fundamento de derecho: La circunstancia de reincidencia exige una condena precedentemente ejecutoria por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo del Código que no es el caso porque la tenencia ilícita de armas figura inscrita incluso en distinto título que el robo, por otro al que la ley señale pena igual o mayor, que tampoco es de aplicación, por lo que queda dicho (la prisión menor en su grado máximo es pena mayor que la prisión menor en general), y finalmente, por dos o más delitos a los que se señale pena menor que, por obviedad, no necesita aclaración en cuanto a su inexistencia. "Reincidencia". Comparación punitiva. T.S. (Sala 2a.) Sentencia del 23 de enero de 1990, (Ro. 1039/89). P.: Sr. Ruíz Vadillo.

Deberá verificarse en el caso concreto si se trata de un subtipo agravado o cualificado, pues ello repercute en la debida aplicación de la reincidencia que como se ve en este caso resultó improcedente.

Los elementos de la reincidencia son (315):

1. Anterior condena por delito o delitos apreciados en sentencia ejecutoria (316). Se requiere que el delincuente haya sido condenado ejecutoriamente por un delito (317).

2. Comisión de nuevo delito.

Sus efectos son:

1. Obligatoriedad de la imposición de la pena en grado medio o máximo (art. 61, 2 CPE) (318).
2. Exclusión de la posibilidad de gozar del indulto (319).
3. Imposibilidad de beneficiarse de la suspensión de condena (art. 93,1 CPE). Dejando a salvo la primer condena por imprudencia (320).

(315) Vid. GONZALEZ CUELLAR GARCIA, Antonio, "La Reincidencia" en Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Privado, Tomo V, Vol. 2o., Madrid, EDESA, 1985, pág. 13.

(316) El Tribunal Supremo Español identifica sentencia ejecutoria con sentencia firme. (Sentencia 18-2-1969; 21-1-76; 9-3-76; 30-6-76).

(317) Se excluyen las faltas.

(318) Art. 61, 2a. CPE: "En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: cuando concurren sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo.

(319) Ley de 18 de junio de 1870, modificada por Decreto de 22 de abril de 1938.

(320) Que el sujeto haya delinquido por primera vez.

4. Interrupción de la prescripción de la pena perdiendo el tiempo ya transcurrido (321).
5. Negación de la libertad condicional al sujeto que presente un pronóstico de peligrosidad por no poder dar garantías de hacer vida honrada (art. 98, 4 C.P.E.).
6. Revocación de la libertad condicional con pérdida del tiempo que gozó de esta situación (322).
7. Dar lugar a la aplicación de la medida de seguridad en caso de concurrir los requisitos señalados en el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (323).
8. Aumento en un 50% el término de la rehabilitación (art. 118 CPE.).

La reincidencia es el resultado de un mal manejo del principio de subsidiariedad del Derecho Penal, es el resultado de no emplear otros mecanismos de Control Social, ya que el sujeto vuelve a la vida libre

(321) Art. 116 CPE: El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

(322) Art. 99 CPE: "El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena. Si en dicho período vuelve a delinquir u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en prisión y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias.

La reincidencia o reiteración en el delito llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

(323) La derogación de la multirreincidencia no viene acompañada del establecimiento de medidas para los delincuentes habituales o profesionales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que prevé medidas de seguridad a los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de peligrosidad social.

después de cumplida su condena pero ésta no le ofrece la posibilidad de reincorporarse sin reproche alguno a ella, acudiéndose nuevamente a la sanción penal nada más que ahora agravada, como primer y único instrumento de reacción, cuando en realidad esta agravación debe eliminarse totalmente del sistema penal y reconocerse que la primera o segunda (o quizá tercera) condena no capacitó al sujeto para llevar una vida sin delitos.

Es una creación jurídica que centra su atención exclusiva en el castigo, mostrando un retraso en el Sistema Penal.

Es ya el momento de definirla. Su estudio debe ser iniciado en la ley positiva que gobierna la situación porque es un concepto jurídico que sólo puede emanar de esa ley positiva a la que el individuo no aporta nada, a no ser que su o sus anteriores delitos deban considerarse una aportación. La reincidencia se define como "comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad de la misma, ha sido condenado por otra infracción penal" (324).

Se ha cuestionado en torno a su razón de ser afirmando que existe porque los antecedentes penales existen y la reincidencia se ha convertido en uno de sus efectos. Al mismo tiempo se afirma que es una reacción ante la supuesta mayor peligrosidad en los delincuentes que vuelven a cometer delitos. Es una prueba de fuego para el Sistema Penal, ya que su mayor o menor efectividad se mide por ella. Se debe reconocer que sus

(324) MIR PUIG, Santiago, La Reincidencia en el Código Penal, Barcelona, 1974, pág. 7.

cifras son escandalosas y revelan el poder estigmatizante y fracaso correccionista de la pena porque demuestra que ésta no fue capaz de disuadir al sujeto de futuras acciones delictivas y que, socialmente, el delincuente no tuvo una alternativa distinta a la reiteración de un delito. Lo cierto es que cada vez hay más reincidentes y mayor facilidad para reprimirlos: "El sistema carcelario contemporáneo -explican Rusche y Kirchheimer- acaba por oscilar siempre más hacia la perspectiva de su extinción y de su transformación en instrumento del terror, ajeno definitivamente a toda función objetiva de reeducación" (325).

Su presencia en el Código Penal favorece hechos como el control llevado a cabo por la policía que vigila más a determinados estratos porque ya han delinquido, también favorece el trato desigual para defender a quienes carecen de medios económicos con la dudosa calidad del defensor de oficio quien se limita a aceptar la acusación del Ministerio Fiscal.

El delito o delitos anteriormente cometidos tienen tal fuerza que logran únicamente prolongar una situación delictiva en aquellos que la sufren impidiendo su reincorporación a la vida libre, tal parece que esta situación delictiva es una instancia más de control social, con esa permanente información y fichaje del individuo es "la importancia de la supervivencia de la marca penal, una vez cumplida la condena, como

(325) Cit. por PAVARINI, Massimo, "Concentración" y "Difusión" de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva Estrategia del control social en Italia.

factor que facilita el control" (326).

En verdad, mantener la reincidencia en el Código Penal es una fuente de problemas para la vida del delincuente, que se nutre en el agravamiento de la pena y en impedir que se beneficie en el futuro de una condena condicional o de una suspensión condicional del fallo. Entonces, si la reeducación y la reinserción social no se han logrado y la reincidencia es prueba de ello ¿qué caso tiene conservarla allí donde es inútil su presencia?

Aísla al individuo, lo margina de su entorno social como un control ilegítimo que se mantiene alejado del principio de legalidad ¿qué impide entonces su supresión si no hay una justificación seria que explique su existencia?, y , sí, en cambio una sociedad que no acepta al sujeto, ni le da la oportunidad de integrarse a ella como consecuencia de su rechazo.

Hay un punto sobre el que se debe hablar un poco más, el relacionado con los antecedentes penales. Ya Grosso Galván preocupado por la permanencia de los antecedentes penales afirma la necesidad de considerar al delincuente como un ser igual a los demás que, una vez cumplida su pena, puede volver a la comunidad como un miembro de pleno derecho a ella, sin nada que le recuerde continua y ominosamente el pasado (327).

Ahora, en el art. 10, 15a. CPE, se habla de que no se computarán

(326) GROSSO GALVAN, Manuel, Los Antecedentes Penales: rehabilitación y Control Social, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 365,
 (327) Ibidem, pág. XI.

antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo.

A tal efecto, la legislación reduce en el art. 118 CPE los plazos para su cancelación. Esto es un avance que no puede ser ignorado, pero aún está lejos su total desaparición, ya que si esto sucediera desaparecería con ellos la reincidencia. Lo malo de esto es que cuando no están cancelados o no hubieren podido serlo, se toma en cuenta una pasada relación con la Administración de Justicia que recupera actualidad para valorar hechos posteriores, convirtiéndose así, en una ininterrumpida actividad de control a la que se retira todo beneficio. Hay que insistir en la cancelación de antecedentes o la posibilidad de serlo. Para el reincidente, según el art. 118, 4o. los términos de cancelación se incrementan en un 50%. Si se trata de una reclusión, ésta puede llegar a tener un término de cancelación de 7 años 6 meses, en relación con el mismo art. 118, 3o. Se puede ver este contenido a continuación, en la parte que interesa al análisis:

Art. 118 CPE, de la rehabilitación: "Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

.Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del juez o tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

1o. No haber delinquido durante los plazos que se señalan

en el número 3o.

2o. Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el tribunal sentenciador, salvo que hubiera venido a mejor fortuna.

3o. Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de la libertad, tres años para las de prisión y cinco para las de reclusión.

4o. En los supuestos de reincidencia, los términos de la cancelación se incrementarán en un cincuenta por ciento.

Así es que con la ejecución de una pena, no termina la reacción penal, ésta no es nunca lo suficientemente efectiva como para pagar la deuda que el delincuente contrae con la sociedad a la hora de delinquir y, precisamente, allí están los antecedentes para demostrarlo como única forma de reproducir la vida en prisión. Con fórmulas así, olvídense los fines de reinserción social, si el Legislador se empeña en mantener al sujeto ocupado en prisión. Como apunta Roxin: "muchas veces la pena privativa de libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida" (328). Tal parece que la reincidencia es un lubricante en el actual sistema de penas, inclusive para la sociedad actúa como información oficial. Una información tan "buena" que le arruina la vida al sujeto que la sufre. Una verdadera violación a su derecho de

(328) ROXIN, Claus, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981, pág. 23.

privacia, como afirma Creifelds: "existe un auténtico derecho del condenado a presentarse sin mácula, una vez que ha cumplido la condena" (329). Vale decir que si no se alcanzó en la anterior condena la resocialización, entonces la que tendría que resocializarse es la prisión. La reincidencia no es idónea para la resocialización, ya lo afirmó Muñoz Conde: "hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto" (330). El control social se convierte así en un ingrediente adicional de sometimiento, de dominio de unos sobre otros y lesiona la libre autonomía individual.

La desaparición de la figura de la reincidencia se torna como algo urgente. La contradicción es muy clara, el sujeto tiene una insistencia en delinquir y esto es suficiente para aumentar la punición con independencia del delito de que se trate. Es una realidad legislativa que se comenta por sí misma, por eso la única solución que se puede mantener es su supresión legal porque fomenta el rechazo de la sociedad y resentimiento en el individuo. El autor se muestra "poco inteligente" -si así se quiere ver- y no resulta influenciado por la ejecución de la pena.

1.2. EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA.

La doctrina ha buscado un fundamento para la reincidencia. A

(329) CREIFELDS, *Straftilgung und verwertungsverbot*, en Goldammer Archiv, 1974, págs. 129 y ss, Cit. por GROSSO GALVAN, Manuel en "Los antecedentes penales: rehabilitación y control social", pág. 9.

(330) MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología, Madrid, 1979, No. 7, pág. 93.

continuación se presentan esos puntos de vista pero se cuestiona sobre ellos.

1.2.1. El fundamento de la agravante radica en la mayor peligrosidad del autor.

Este punto de vista centra su atención en el examen de la personalidad del autor, en un pronóstico de conducta. Una presunción de la malicia personal del individuo que surge como una agravante del delito cometido. Al que delinque en más de una vez debe imponérsele una pena más grave que la impuesta en los otros supuestos. (331).

La peligrosidad es una situación de riesgo que consiste en la probabilidad de verificarse un daño previsto como delito más o menos en forma inmediata (332).

La reincidencia es una forma de ser, pero no por ello ha de sancionarse, sin embargo en este argumento se considera que el individuo después de haber sido condenado a causa de la realización de un delito reincide por poseer una debilidad de voluntad o algún defecto intelectual. La primera o sucesivas condenas no fueron eficaces por esas dificultades

(331) No ha sido posible eliminar el concepto de peligrosidad pues es el que persiste en la legislación penal, dando poder al Estado para excluir sujetos en aras de la defensa de la sociedad.

(332) Múltiples son las definiciones de peligrosidad. así Garófalo en 1912 la definió como la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente; Grispigni en 1920 la definió como la capacidad de una persona para devenir probablemente autora de un delito; Florián en 1928, la definió como la aptitud del individuo para cometer delitos. Cit. por BERGALLI, Roberto, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella., Barcelona, SERTESA, 1980, pág. 48.

psicológicas, pero eso mismo ratifica el fundamento de la reacción legislada, orientada sobre el autor y no sobre el hecho cometido.

Este concepto de peligrosidad viene dado por la corriente positivista basada en caracterizar los hechos delictivos y desviados como resultado de personalidades anormales o psicológicamente defectuosas ignorando el papel que juegan las instancias de control social en el comportamiento criminal, ya que es más fácil entender la reiterada conducta criminal como algo patológico que merece la aplicación de un principio de severidad. López Rey llama la atención en considerar la peligrosidad una noción de clase: "... la mayoría de los autores de esta criminología pertenecían -y siguen perteneciendo- a las clases o a los grupos sociales privilegiados. Y es esta criminología de clase la que ha inventado la peligrosidad, la readaptación y sobre todo, se ha servido de ellas como piedra de toque del delincuente" (333). De ahí la importancia dada a la readaptación y al tratamiento. Al margen de que los criminólogos positivistas sean o no una clase privilegiada, lo cierto es que el delincuente que no hace caso de la advertencia que representa la primera condena, demuestra, para el positivismo, una mayor peligrosidad contra la cual hay que precaverse: "denota desde luego la tenacidad y la índole perversa del agente y constituye un verdadero peligro para la sociedad" (334).

Para el criterio positivista el delito no es resultado del libre albedrío,

(333) LOPEZ-REY, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", en Cuadernos de Política Criminal, No. 19, Madrid, EDESA, 1983, pág. 20.

(334) MALAGARRIGA, Carlos, Citado por BERGALLI, Roberto, en "La recaída en el delito", Ob. Cit. pág. 9.

sino determinado por una serie de causas que pueden remediarse a través de la rehabilitación, iniciándose así la "profilaxis criminal". Por eso el concepto de peligrosidad significó para los positivistas una protección de valores inalterables y reconocidos y una base para eliminar individuos. En palabras de Bergalli: "La eliminación de los individuos que por su comportamiento rebelde pusieron en tela de juicio el orden social establecido queda justificado mediante el concepto de peligrosidad" (335).

Tal parece que poner en tela de juicio las estructuras socioeconómicas y políticas es lo que constituye la verdadera peligrosidad, no es válido atentar contra ellas. López Rey va más allá pues su punto de vista es contrario a la afirmación de la literatura criminológica positivista, ya que defiende un derecho individual y enfatiza en que lo más importante es la preocupación por una verdadera estructura de justicia social penal y no de nociones del pasado como la peligrosidad: "la peligrosidad reside siempre en las estructuras socioeconómicas o los regímenes políticos manifiestamente contrarios a los derechos del hombre; esto quiere decir que, en pura lógica, se impondría comenzar por analizar la peligrosidad de ciertos regímenes o de ciertas estructuras políticas antes de lanzarse a la construcción de teorías o fórmulas sobre la peligrosidad individual. Incluso estar loco no significa automáticamente ser peligroso" (336).

Pretender que la rehabilitación remedie las causas del delito resulta

(335) BERGALLI, Roberto, "La recaída en el Delito", Ob. Cit. pág. 57.

(336) LOPEZ - Rey, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", Ob. Cit. pág. 24.

inadmisible por ser la negación de una realidad concreta.

Ahora bien, la reincidencia se basa en una peligrosidad postdelictiva, es la probabilidad de que una persona, después de haber cometido un delito, lleve a cabo otros hechos punidos como tales. La base es una presunción de la realización de un hecho, un juicio de probabilidad de que el sujeto cumpla en el futuro un nuevo evento delictivo, pero por más que sea reincidente el autor, la peligrosidad que se le atribuye no es más que un pronóstico, un juicio relativo porque no se puede ir más allá con una probabilidad. A lo que se quiere llegar es a esta idea: no es aceptable la peligrosidad como fundamento para agravar una punición (337). Pero, inclusive en tesis reciente, el Tribunal Supremo identificó reincidencia con mayor peligrosidad y no como un pronóstico de conducta a futuro, sino peligrosidad actualizada y, desconoce, además la violación del principio "non bis in idem". (T.S. (Sala 2a.) 29 de octubre de 1990, Ro. 4602/88. P.: CARRERO RAMOS).

La peligrosidad no puede legitimar y aumentar la reacción penal por ser ella misma un riesgo para las garantías individuales que el Estado de Derecho protege y, precisamente, del texto legal que prevé la reincidencia,

(337) En España el Tribunal Supremo también se ha inclinado por afirmar que la razón de la mayor punición está en la peligrosidad, inclusive emplea términos como perversidad y habitualidad: S.T.S. 26-XI-1971: "... rebasa al menos un grado de la que debiera imponerse a consecuencia de la mayor peligrosidad que con la recada de la infracción criminal demuestra el agente, exponente de su asocialidad".

S.T.S. 12-II-1959: "... obligaba a elevar la penalidad habida cuenta de la perversión que una conducta tan viciada patentizaba.

S.T.S. 4-XII-1969: "... si bien puede corresponder la agravación a la más pronunciada profesionalidad o habitualidad que por razones de política criminal debe atenderse con más grave castigo".

no se revela cuál es la definición de peligrosidad que tuvo el legislador para legalizar, lo que tal vez sea una probabilidad basada en un juicio pasado con tendencia al futuro.

Por otra parte, de dónde emana la seguridad de que un reincidente delinquirá más y en breve lapso de tiempo. La verdad, cuestiones como ésta, no son absolutas, hay reincidentes que no vuelven a delinquir y hombres que lo hacen por vez primera. La peligrosidad es un concepto falible. No se olvide que es un juicio de posibilidad y no de certeza, atiende a lo que el sujeto puede hacer, a pesar de que ya hizo y además "pagó". Es un diagnóstico sobre el ser: "no existe un tipo criminal, ni una personalidad criminal in se globalmente enfrentada a la ley" (338). Como noción no tiene límites precisos, sólo bases psicológicas, psiquiátricas y no tiene relación con la realidad económica y social. La personalidad peligrosa es una noción que pertenece al pasado, que debe ser tomada más en cuenta por la política social que por el Derecho Penal, ya que finalmente nada asegura que se vaya a cometer un delito: "dos personas con igual tipo de personalidad reaccionan a menudo de forma diferente en una misma situación" (339). Por tanto, los pronósticos de conducta a futuro no pueden legitimar la actividad estatal ni a nivel legislativo, ni a nivel judicial. Sin embargo, en Tesis del T.S. se ha justificado este aumento con la persistencia en la delincuencia que para el legislador es más grave que la conducta aislada.

(338) GARCIA PABLOS, Antonio, "La normalidad del delito y el delincuente", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No. 11, 1986, pág. 333.

(339) LOPEZ REY, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", Ob. Cit. pág. 23.

"S.T.S. 29-x-1990. P. Sr. Carrero Ramos: "La persistencia en la delincuencia es para el legislador más grave que la sola ocasional aislada y esto por fines de prevención general y especial que son proporcionados e idóneos y, por lo tanto, constitucionalmente legítimos". (340).

1.2.2. El fundamento de la agravante es la mayor culpabilidad por la conducta de vida o por el acto aislado.

Se pretende encontrar la naturaleza de la reincidencia en el distinto grado de reproche que debe formularse al autor que ya ha sufrido la experiencia de una condena anterior. Se piensa que la culpabilidad de un reincidente es mayor por su acrecentada energía criminal, pues a pesar del gran obstáculo que debe traducir la condena anterior en el sentido del recuerdo desagradable, él torna a delinquir (341). En realidad estas argumentaciones no logran aislarse de la voluntad del autor (342).

Se mezclan en el reproche elementos correspondientes a la vida anterior del individuo (343).

Un punto de vista ejemplificante es el sostenido por Latagliata quien resalta aspectos tales como el significado de una experiencia de vida que

(340) Actualidad Penal, No. 5. semana 28 de enero-febrero 1991.

(341) Al respecto Poltero, Effertez, y Hegg. citados por BERGALLI, Roberto. "La recaída en el delito", Ob. Cit. pág. 70.

(342) En España, en otro grupo de sentencias se fundamenta la agravación en un plus de culpabilidad del agente. S.T.S. 28-IX-1970: "Se fundamenta la agravante por el plus de culpabilidad que implica la recaída en el delito por quien ya es reo".

(343) S.T.S. 29-X-1990, P. Carrero Ramos: "... el nuevo delito tiene su propia culpabilidad dolosa y el autor tiene conciencia de que vuelve a delinquir sin que eso le disuada, por lo que su dolo es contumaz, por ello la reprochabilidad social es mayor".

pertenece a la personalidad del individuo como lo es la condena penal ya infligida, que enriquece la actitud del sujeto para comprender el contenido de la prohibición y para conocer el desvalor de la nueva acción al obligarse a ejercitar un mayor control sobre su vida impulsiva. Es precisamente en estas determinaciones que se articula el juicio de reprobación dirigido al reincidente. Destaca así la libertad de actuar del reincidente: "cuando el individuo ya condenado reitera su comportamiento, el reproche debe ser más intenso puesto que teniendo la posibilidad de autocontrolarse en su yo consciente, cedió a un impulso que debía combatir, teniendo la posibilidad de actuar diversamente con el recuerdo de las experiencias precedentes y, en particular el de la condena previa" (344). Es cierto, el reincidente siempre conserva su libertad de decisión, pero eso no justifica el aumento del reproche porque finalmente se vuelve a sancionar por la condena anterior y la reacción es contra la voluntad del autor (345). Esto choca con la idea de culpabilidad que debe ser siempre la libre realización por un nuevo hecho delictivo que se comete y no por la libertad que da el recuerdo de un delito que, aunque pasado, sólo es un recuerdo. Ahora bien, si el hecho anterior no sirvió para nada en la libertad de decisión que conserva el agente es porque el tratamiento fue un fracaso, lo cual no es culpa del sujeto sino del Estado, o, porque el

(344) LATAGLIATA, 1958. Citado por BERGALLI, Roberto, "La recaída en el delito", Ob. Cit. pág. 73.

(345) Esta concepción conduce a una culpabilidad no de acto, sino de autor pero, en ese caso, se juzga a la persona por lo que es, lo que revela un juicio ético de los ciudadanos que se aleja del Estado plural y democrático respetuoso de la diversidad.

sujeto no es ni intimidable ni corregible (346).

Habría que preguntarse entonces qué legitima al Estado para agravar la pena a un hombre que libremente ha decidido cometer un nuevo delito, ¿por qué ha de obligarse a un sujeto a adoptar formas de vida que sigue la mayoría mediante el agravamiento de la punición? ¿por qué ha de someterse a la fuerza con más punición de la que proporcionalmente le corresponde a un sujeto que no desea un tratamiento y que además es un adulto capaz de decidir libremente sus actos?

Si es una persona distinta, ¿por qué reprimirlo con esta violencia que es la reincidencia? (347).

Lo cierto es que el argumento de "mayor culpabilidad" no legitima la figura de la reincidencia. El hombre es libre, reincidente o no y, la base para un nuevo reproche penal, está sólo en el nuevo hecho libremente cometido. Pero lo que sí sucede es que la reincidencia agudiza la represión criminal y, perjudicando a los que han caído en ella, le quita democracia al Sistema de control Penal. Con este argumento de mayor culpabilidad se llega a un trato desigual entre el delincuente primario y el que no lo es, ya que el mismo deber de observar la advertencia penal

(346) Lo que recuerda a Roxin cuando analiza la teoría de la prevención especial orientada a prevenir nuevos delitos del autor, aun cuando sea mediante la privación de libertad, a los que no son corregibles ni intimidables. Vid. ROXIN, Claus, "Problemas básicos de Derecho Penal", Madrid, Reus, 1976, pág. 15.

(347) Y aquí no tiene nada que ver la moralidad del autor porque esto sale del terreno jurídico y del derecho penal democrático respetuoso de la vida de los ciudadanos.

tiene el que no ha delinquido, que el que lo ha hecho en repetidas ocasiones.

Por otra parte debe alejarse la idea de utilizar al sujeto para los fines de otro y esto sólo se logra a través de una culpabilidad por el nuevo hecho cometido, sin referencia al pasado, en la que el sujeto confirma su calidad de individuo que asume derechos y obligaciones como única forma de darle sentido a la punición. Ya Roxin lo indicó: "el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros se atenta en realidad contra la dignidad humana... el particular es para el orden jurídico la medida de todas las cosas en cuanto tiene que responder con su persona sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable" (348).

1.2.3. Orientación del reincidente por el camino de la medida de seguridad.

La reincidencia más responde a una prevención por el terror, cuando lo cierto es que el reincidente no es más peligroso que el resto de los delincuentes, puede serlo o no.

En esta tercera posición ya no se está ante necesidades de defensa social que obligan a imponer un mayor castigo ante la ineficacia de una pena anterior, como tampoco fundamentar en ella su existencia legal, se trata de orientar al reincidente por el camino de la medida de seguridad:

(348) ROXIN, Claus, Problemas Básicos de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 29.

"los reincidentes y reiterantes no son más peligrosos, ni más culpables que los restantes malhechores ... la lucha contra los delincuentes habituales y profesionales debe estar orientada al campo de las medidas de seguridad y nunca al de la pena" (349).

El sujeto reincidente, en el tiempo que transcurrió su primer intento resocializador, no acepta los valores mínimos cuyo respeto pretende conseguir el tratamiento, sino que aprende otros contrarios a estos valores, adoptando una actitud pasiva o, lo contrario, de cooperación con los funcionarios, ya que esto último se debe las más de las veces a la mayor posibilidad de conseguir por esa vía mejor trato, pero, como no siempre un buen preso es igualmente bueno en libertad, surge la reincidencia. Sin embargo, a pesar de que no acepta los valores de los demás, no por ello todos los reincidentes deben ser considerados como subnormales, que es otra idea de peligrosidad creada por el positivismo y que debe desecharse (350).

Ejemplo de esta orientación en torno a las medidas de seguridad la tenemos en Rodríguez Mourullo quien se orienta por la supresión de la reincidencia y se inclina por la medida de seguridad: "de lege ferenda, parece aconsejable la supresión de la reincidencia... y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo -medida de corrección y seguridad-

(349) GONZALEZ CUELLAR GARCIA, Antonio, "La Reincidencia", Op. Cit. pág. 23.

(350) En España la Propuesta del Anteproyecto de Código Penal de 1983 no contempla la figura de la reincidencia en su artículo 24, dedicado a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal y, en cambio, el artículo 100 contempla la aplicación de medidas de seguridad para los delincuentes habituales.

ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas" (351).

1.3 OBSERVACIONES CRITICAS.

La aplicación de una medida de seguridad no asegura tampoco la no comisión de conductas típicas a futuro (352).

Ahora bien, un problema es si toda medida de seguridad por ser una reacción penal es coactiva y, si el contenido que se le quiere dar es de resocialización, que fue precisamente el que se le dio a la pena, la primera, la segunda o la tercera vez, entonces ¿cómo ha de plantearse para el reincidente?, ¿es en forma voluntaria, libre de coacción? No se olvide que el tratamiento resocializador debe ser voluntario, aunque a veces no es muy clara la aceptación por parte del sujeto. Ya Bergalli lo relacionó con derechos humanos fundamentales y advirtió sobre el dudoso límite: "si el término voluntario se define con referencia a derechos humanos fundamentales, el asentimiento debe ser totalmente espontáneo, ya que una simple aceptación no es suficiente... es prácticamente muy difícil fijar el límite exacto entre una invitación clara y una coerción ilícita de la voluntad"(353).

El llevar a cabo una medida de seguridad, con el riesgo que lleva el

(351) Citado por GONZALEZ CUELLAR GARCIA, Antonio, "La Reincidencia", Op. Cit. pág. 25.

(352) El artículo 4 de la Ley de Peligrosidad Social en España contempla medidas de seguridad para los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa declaración de peligrosidad.

(353) BERGALLI, Roberto, "La recaída en el delito", Ob. Cit. pág. 67.

no garantizar nada ante sujetos no resocializables, supone una descarga presupuestaria fuerte (medios, personal). Esto es un verdadero problema, que inclusive en Alemania se plantea con los llamados establecimientos de terapia social (354). Aunque debe reconocerse que tales costos sí tienen sentido, ya que un autor resocializado ahorra a la sociedad bajo ciertas circunstancias los graves daños que de otro modo causa su permanente reincidencia (355). Y de imponerse la medida, ésta ha de estar determinada en el tiempo (356) y proporcional al hecho cometido, lo que por otra parte, tampoco garantiza que el sujeto no vuelva a delinquir.

Mayor peligrosidad o mayor culpabilidad, lo cierto es que ni una ni otra se justifican en su supuesto carácter moralizador. Los delitos cometidos con anterioridad son irrelevantes en virtud del principio "non bis in idem" que impide el nuevo examen de un hecho que ya ha sido objeto de un juicio penal con una sentencia de condena pasada y con autoridad de cosa juzgada. Y si se piensa en medida de seguridad, es objetable, pero si la aceptamos, se tendrá que reconocer que, en el caso concreto, será necesario deslindar claramente cuál es la culpabilidad por el hecho y cuándo las perturbaciones de la personalidad sugieren que, es mucho más necesario, intentar recuperar al sujeto a través de un tratamiento psiquiátrico.

(354) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Público, Tomo V, vol. 2, Madrid, EDESA, 1985, pág. 105.

(355) ROXIN, Claus, Política Criminal y estructura del delito, Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Mataró, Edit. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, pág. 26.

(356) Un mínimo y un máximo en cuanto a su duración.

Es objetable, porque, antes que otra cosa, debe eliminarse la reincidencia como categoría jurídico positiva. Ya no habiendo reincidentes es más fácil tratar seres humanos que han cometido delitos. Si el sujeto cometió uno o más delitos y no presenta anomalías mentales, repróchesele el o los nuevos delitos cometidos e impóngasele una pena proporcionada a ellos. Si por el contrario muestra alguna perturbación que le lleve a la reiterada comisión típica, entra en juego la exclusiva imposición de una medida de seguridad, también proporcionada a la magnitud del daño realizado, es decir con un límite temporal de duración (357). Concluida la cual el sujeto debe recuperar su libertad, aun cuando ello implique el riesgo de cometer nuevos daños, ya que ese mismo riesgo existe aun en el delincuente primario (358). Aclarando, el contenido de la pena o de la medida de seguridad ha de suscribirse en el marco de una política criminal que se mueva dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho y que, sobre la base de la libre determinación, desarrolle en el sujeto que ha insistido en hacer daño, su voluntad y capacidad, por medio de ayudas psiquiátricas, psicológicas, pedagógicas y sociales para que en el futuro lleve una vida libre de conminaciones

(357) Dependiendo del valor del bien jurídico lesionado, del dolo, de la lesión o de la tentativa.

(358) El legislador mexicano en materia de medidas de seguridad establece que "en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el Juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito y, si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de autoridades sanitarias". Texto del art. 69 CPDF.

Autoridades que ya son de índole social pues cesa todo efecto represivo. Es de aclararse que el legislador mexicano contempla la medida de seguridad sólo para inimputables (enfermos mentales).

penales a pesar del costo que esto implique (359). Por lo tanto, dentro de límites temporales proporcionados a la magnitud del daño realizado (principio legitimador de la pena y de la medida de seguridad). Mientras no se verifique la necesidad de una medida de seguridad para el sujeto que ha delinquido en más de una ocasión, éste no debe sufrir ningún agravamiento de punición y cuando las circunstancias obliguen a una medida de seguridad porque, como se apuntó, ha surgido una alteración psíquica, que sea ésta proporcional al nuevo hecho cometido, sin aumentos, porque no tiene nada que ver con hechos que son pasados y ya han sido juzgados.

Entonces la medida de seguridad sólo ha de ser para inimputables, si el reincidente lo es, debe aplicársele una medida de seguridad por el nuevo daño cometido, sin considerarse el pasado.

No todo reincidente por el hecho de serlo merece medida de seguridad, porque no todos sufren anomalías mentales y el tratamiento que se le dé ha de estar incluido en la pena que se le imponga proporcionadamente por el nuevo delito cometido, tratamiento que por otra parte, es voluntario, en suma, aun cuando se quisiera aceptar que el sujeto es más culpable o tiene mayor proclividad para delinquir, no por aumentar la reacción penal (pena y/o medida de seguridad) por el nuevo delito, se va a impedir su carrera al crimen.

(359) Vid. ROXIN, Claus, Política Criminal y estructura del delito, Ob. Cit. pág. 20 y ss.

1.4. EL FRACASO DE LA FIGURA DE LA REINCIDENCIA Y EL FRACASO DE LA PRISION.

La reincidencia encierra el fracaso del Estado en el tratamiento implementado cuando éste se ha cumplido, no un fracaso del individuo. Y, en el caso, de existir condena ejecutoria y pena sin concluir, revela el papel deslucido del Estado como proveedor de seguridad jurídica, pues se acepta sin reparos que al sujeto se le reproche su conducta porque es capaz de asumir derechos y obligaciones, pero no es aceptable que toda la responsabilidad por su delito es suya, ya que ello significaría una cómoda actitud del Estado que le justificaría el omitir medidas de política social que enfrenten los factores que condicionan la criminalidad. Cuando Foucault habla sobre el fracaso de la prisión menciona la posterior vigilancia y represión: "quizá habrá que buscar lo que se oculta bajo el aparente cinismo de la Institución penal que, después de haber hecho purgar su pena a los condenados, continúa siguiéndoles por toda una serie de marcajes (vigilancia que era de derecho en otro tiempo y que hoy es de hecho: pasaportes de los presidiarios de antaño y, ahora, el Registro de penados y rebeldes) y persigue así, como delincuente a quien ha cumplido su castigo como infractor" (360).

La prisión fracasa, no reduce crímenes, los aumenta y produce una delincuencia marginada pero "controlada". El sujeto cumple su condena, pero se inicia como el etiquetado y en el camino a la delincuencia por sus

(360) FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar. Nacimiento de la Prisión, 8a. Edición, Trad. Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1983, pág. 277.

antecedentes. El delinquir nuevamente impide la reinserción social en medios no delictuales. Y, se dice "controlada" porque la policía se convierte en un todo administrativo, en un mecanismo de control en donde el registro de antecedentes encuentra sus mejores ventajas. Es el llamado Estado Policial o Estado de vigilancia, es el proyecto político de mayor importancia en que se encuentra inserta la reincidencia: "... nuestra sociedad no es la del espectáculo, sino de la vigilancia" (361). Socialmente sigue siendo delincuente el que sale de prisión y se convierte en un sujeto de vigilancia selectiva en una sociedad en crisis que le recuerda su pasada situación, reflejándose un sistema penal que pone atención en la proclividad a delinquir y la consagra como agravante. Quien es condenado a prisión arrastra por la vida la marca por la falta cometida porque la reincidencia dificulta la obtención de cualquier puesto de trabajo y hace posible que la misma sociedad ejerza un control postcarcelario y sirve para una aplicación selectiva de la norma penal condicionando la reproducción de la criminalidad. Ya López Rey lo indicó con claridad: "Quizá la clase más comúnmente usada es la de delincuentes peligrosos o temibles como consecuencia de la tesis de la peligrosidad o temibilidad de origen positivista y defensista, que difícilmente se puede mantener hoy y que, si se hace, ha de serlo con ciertas reservas" (362). Es precisamente la temibilidad la que impide la reincorporación del sujeto en la sociedad. Así, los efectos de la reincidencia son permanentes, no falta razón a Grosso Galván cuando afirma que: "mientras que el legislador hace suya la bandera de la resocialización del delincuente, para significar, de alguna

(361) Ibidem, pág. 220.

(362) LOPEZ REY, Manuel, Criminología, Madrid, Ed. Aguilar, 1973, pág. 451.

forma, la represión penal llevada a cabo a través de los órganos de poder, ese mismo legislador establece las reglas para que el impedimento mayor que esa resocialización tiene permanezca vigente" (363).

Si se reconoce el fracaso de la prisión, entonces debe reconocerse también el fracaso de la creación jurídica de la reincidencia, como también tendrá que reconocerse que es antidemocrático, que es perjudicial reaccionar ante una persona en la cual el tratamiento fracasó. El sujeto no debe cargar con una responsabilidad que se le ha impuesto previamente al Estado. Las originales formas de ser deben respetarse en una sociedad plural y liberal, inclusive la de reincidente. La prisión, ya como lugar en el que se recluye al individuo bajo proceso o en el que se ejecutan las consecuencias jurídicas privativas de la libertad, cumple con su actividad. Con base en disposiciones legales actúa con toda su fuerza sobre quienes son clasificados como reincidentes o habituales en una orientación de un régimen de prevención especial.

El Estado es también responsable de la reincidencia, efecto del fracaso de la prisión, por eso no tiene que agravar la pena porque el delincuente también es ciudadano y el Estado no tiene derecho a encasillarle en un sistema penitenciario inhumano que no respeta la dignidad del condenado, que carece de personal preparado y de medios materiales idóneos. Bien valen las palabras de Carlos Mir Puig cuando identifica la prisión con un almacén de hombres: "La prisión -almacén de hombres- debe transformarse en prisión ofrecimiento de alternativas, lo

(363) GROSSO GALVAN, Manuel, "Los Antecedentes Penales: rehabilitación y Control Social", Ob. Cit. pág. 374.

que requiere medios materiales... que funcionen realmente y no sean meras pantallas que encubren una total inactividad e indolencia por parte de los responsables de las prisiones, o bien una verdadera explotación del hombre por el hombre" (364). Es de señalarse que una prisión que carece de lo planteado propicia resentimiento y rebeldía frente al ordenamiento jurídico lo cual puede ser causa fundamental de nuevos delitos. Pero, no se olvide que la utopía puede devenir en inútil pues cualquier esfuerzo resocializador sólo puede ser una propuesta al delincuente para que se ayude a sí mismo y si no está dispuesto, también el fracaso puede llegar y la criminalidad aumentar: "siempre habrá otros que volverán a tropezar por debilidad. Nunca será posible acabar con la criminalidad completamente" (365). Esto sin duda propicia la quiebra del sistema penal, lo que parece absurdo es que una condena anterior se extienda con sus efectos a una posterior, independientemente, sobre todo, por lo que de significativo tiene este mecanismo, al poner de manifiesto el fracaso de la prevención especial y de la resocialización como fines a los que debe ir dirigida la pena, con lo que se produce la quiebra del sistema penal (366).

(364) MIR PUIG., Carlos, El Sistema de Penas y su medición en la Reforma, Barcelona, Ed. Bosch, 1983, pág. 62.

(365) ROXIN, Claus, Problemas Básicos de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 32.

(366) Vid. GARZÓN REAL, Baltazar, MANJON - CABEZA OLMEDA, Araceli, "Reincidencia y Constitución", en Actualidad Penal, No. 1, semana 31 diciembre 1990, 6 de enero 1991, Madrid, pág. 3.

1.5 CUESTIONAMIENTO A LA LEGITIMACION DEL ESTADO EN LA REINCIDENCIA.

1.5.1. Principios delimitadores.

La reincidencia no es una medida necesaria para prevenir y reprimir la criminalidad. El Estado no está legitimado para imponerla y en el ejercicio concreto del ius puniendi constituye un abuso al que se puede acudir a pesar de sus drásticas consecuencias. Parece que lo único que se busca es el sufrimiento por el sufrimiento, es el legislador el que de una vez, debe reducir penas que, por su desproporción con el hecho cometido, parece que sólo tienen el sentido de que el delincuente sufra por el sufrimiento mismo sin que de ahí derive ninguna utilidad, ni para la sociedad ni para el que padece la pena (367).

La reincidencia no se mueve en el marco que fija la Constitución y viola varios preceptos, a saber:

1. PRINCIPIO DE ACTO O DE CONDUCTA. Ya que las normas penales están para prohibir u ordenar acciones u omisiones, entonces, sólo deben ser aplicadas por lo que se ha hecho y no por lo que el sujeto es. Una proclividad a cometer delitos es una forma de ser y una forma de ser no significa lesión a bien jurídico alguno. El Derecho Penal como medio político criminal no debe utilizarse para regular formas de ser. La agravación de la reincidencia sólo se podría fundamentar en un Derecho Penal basado en la culpabilidad por la conducta de la vida, que es incompatible con el principio de legalidad (art. 25, 1 C.E.) y con la

(367) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudios de Derecho Penal, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, S. A. 1981, pág. 62.

dignidad de la persona.

Esta reflexión conduce a un segundo principio:

2. **PRINCIPIO DE TIPICIDAD.** Que junto con el de legalidad defienden la existencia previa de tipos penales y su exacta aplicación de la ley. La reincidencia no puede ser elevada a la categoría de tipo, pues los tipos *prohiben conductas lesivas de bienes jurídicos cuya protección es imprescindible y no formas de ser*; el Derecho Penal se limita a la protección de bienes jurídicos y la agravante de reincidencia toma en cuenta sólo la actitud de rebelde persistencia del autor frente al ordenamiento jurídico. Esto conduce a un tercer principio:

3. **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.** De acuerdo con él, una *punición sólo puede ser aplicable si el hecho que sirve de presupuesto es realizado con culpabilidad*. No hay punición sin culpabilidad y la punición no debe rebasar el límite de la culpabilidad. La reincidencia rebasa este límite con lo que al sujeto se le sigue reprochando un delito anterior que ya le había sido reprochado en su momento, lo que contradice aquello de que el principio de culpabilidad puede deducirse del espíritu de la Constitución como criterio limitador de la pena. La agravante de la reincidencia vulnera el art. 15 C.E. pues determina una pena no proporcionada a la culpabilidad, toda pena de estas características se debe considerar desproporcionada, degradante e inhumana.

4. **NON BIS IN IDEM.** El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito se viola cuando se aumenta al reincidente la

punición por un delito en virtud del cual ya se impuso pena. Se le está juzgando dos veces por ese delito y se crea una contradicción, la de llevar a un sujeto más allá del límite de culpabilidad a una institución sin libertad, con el fin de hacerle apto para la vida libre (368). El hecho concreto no tiene más gravedad que la propia y ésta no se debería ver incrementada por la de otros hechos ya sancionados con anterioridad (art. 25 C.E.).

5. PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION. El Estado no puede pretender que a través del agravamiento de la punición un sujeto que ha delinquido en más de una vez haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar (369). No con intervenir con mayor represión lo logrará. La lucha contra la criminalidad no se logra con el incremento del castigo, el Estado debe desplegar medidas no penales para combatir los factores que inciden en ella. El terror penal es inidóneo como medio jurídico de prevención del delito o de política criminal. La finalidad de la pena no ha de buscar integrar al reincidente en una sociedad que rechaza. Socializar significa únicamente que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar (370).

6. PRESUNCION DE INOCENCIA. La aplicación automática de la

(368) Es una referencia a anteriores delitos que conduce a un plus de punición que tiene por causa un delito anterior ya juzgado y que clasifica a los hombres en disciplinados e indisciplinados, que varía en su duración, pero igual se extiende por un término considerablemente superior al de la pena.

(369) El hecho de ser reincidente no justifica una punición agravada y sólo se debe responder por aquellos tipos legales que se concreticen.

(370) Cfr. BARBERO SANTOS, Marino, Marginación Social y Derecho Represivo Barcelona, Ed. Bosch, Casa Editorial, 1980, pág. 189.

agravante de reincidencia significa una presunción de la peligrosidad del autor que no es compatible con el art. 24,2 C.E. que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

No con intervenir con mayor represión se logrará el tratamiento y menos cuando no hay una adecuada infraestructura carcelaria. Marino Barbero ya lo apuntó: "salvo en muy pocos países, se desconoce si el tratamiento produce resultados positivos porque por la ausencia de la necesaria infraestructura, la falta de personal especializado etc., no ha habido propiamente hasta ahora tratamiento penitenciario" (371).

Si esto es así, para qué privar a un sujeto de su libertad más allá de lo que exige su culpabilidad por el hecho cometido. Además, por qué incrementar así la represión penal, si cuando el sujeto recupere su libertad, necesariamente estará vinculado a una realidad social compleja que puede influir en su reiteración al delito: paro obrero, agitación callejera, huelgas. Una sociedad con un Estado que coloca la represión penal en primer lugar y como su primer error. En palabras de Gimbernát Ordeig: "... no se coloca la represión penal, como se debiera, al final y como último recurso sino al principio y como excusa para prescindir de otros remedios radicales" (372).

La reincidencia es una contradicción de estos principios porque el Código Penal consagra la peligrosidad del autor y surge como criterio decisivo para la individualización de la sanción penal porque, como ya se

(371) Ibidem, pág. 162.

(372) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Estudios de Derecho Penal", Ob. Cit. pág. 63.

apuntó, destaca el criterio positivista que es lo que determina el aumento de punición y, lejos de ser el Derecho Penal un instrumento de protección, se convierte en arma que el Estado utiliza en contra de los individuos. La reincidencia debe rechazarse como arma manipuladora de la suerte de la libertad de los hombres, ello contribuiría a neutralizar la desigualdad social que genera.

Ahora bien, si se piensa que con mantener en el Código Penal la figura de la reincidencia la criminalidad disminuye porque la sociedad se siente conminada e inhibe sus comportamientos, es decir, si se reconocen en la reincidencia efectos preventivo generales, ello es tan sólo una creencia, pues cada delito que se comete es una prueba en contra de tal creencia. En verdad, si el Juez busca eso, le bastará con aplicar el máximo de punibilidad prevista en el Código Penal, en la norma aplicable, aunque esto no siempre sea lo adecuado, pero ir todavía más allá de ese máximo es totalmente ilegítimo al carecer de proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la magnitud del daño efectivamente llevado a cabo. El Estado no debe castigar con mayor rigor de lo que permitiría, en el caso concreto, la magnitud del reproche que le fuera formulable al sujeto que no acató la prohibición penal.

El reincidente conserva su albedrío -como se apuntó en líneas anteriores- no es un peligroso animal de presa o un títere de las circunstancias sociales. Entonces, ¿qué es lo que justifica que a un sujeto que delinque más de una vez, en lugar de imponerle una pena por el nuevo delito exclusivamente, se le aumente por el o los anteriores delitos

que ya fueron castigados?

Kaufmann da una justificación en la que, según él, se violan dos normas con la reincidencia. Afirma que en la reincidencia concurren las violaciones a dos normas distintas, la que se impone para conducir la vida a partir de la anterior condena y la que se viola con el nuevo delito (373). Pero, cómo probar que la condena anterior impone una norma para conducir la vida. Se tiene que recurrir a la inclusión de un segundo bien para el reincidente. Si éste delinque a pesar de haber sido ya sancionado y la sanción debía evitar un nuevo delito, se estaría lesionando la confianza en el Estado: "la seguridad jurídica. Esta seguridad es el segundo bien lesionado por la reincidencia" (374).

Pero, esa confianza en el Estado, esa seguridad jurídica, igual se lesiona en todos los delitos de reincidentes o no. Las normas intentan cumplir finalidades preventivo generales, pero cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de esa pretendida eficacia preventivo general. Y la reincidencia se suma como prueba. No es creíble que la norma que surge de una condena anterior surta efectos de conducción en la vida. Aquí es oportuno recordar a Roxin cuando habla de la imposibilidad de conminación en el delincuente profesional: "se

(373) Vid. KAUFMANN, Armin, "Lebendiges un Totes in Binding's Normen theorie. Citado por MIR PUIG, Santiago. Esta tesis es presentada por Mir Puig, según la cual el reincidente viola la norma correspondiente al tipo realizado y la que prohíbe especialmente la realización tras condena. MIR PUIG, Santiago, La Reincidencia en el Código Penal, Barcelona, Bosch, 1974, pág. 533.

(374) DE LA BARRERA SOLÓRZANO, Luis, "Punición, Culpabilidad y Reincidencia", en Revista Mexicana de Justicia, No. 2, Vol. III, abril-junio de 1985, PGR, PGJDF, INACIPE. pág. 242.

puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre con el delincuente profesional" (375).

Esta duplicidad de normas resulta complicada por el serio problema de individualizar el bien jurídico y más bien es una creación teórica hábil que intenta llenar la falta de fundamento de la reincidencia, que por otra parte, no supone una disminución de la criminalidad.

Si se reconoce que la sociedad actual es germen de situaciones injustas, han de procurarse cambios legislativos justos (376). La descriminalización legal de la reincidencia como agravamiento de pena es un camino y no el intentar remodelar a una persona, que más cae en un intento autoritario (377).

1.5.2. Condena ejecutoria y cancelación de antecedentes.

La legislación prevé para ser reincidente que exista una condena que haya causado ejecutoria (378). Pues bien, considerando lo inaceptable que aparecen los conceptos de peligrosidad o de mayor culpabilidad, llama la atención que un individuo que comete un delito al estar siendo procesado penalmente por un delito anterior, no es reincidente pues aún no ha sido condenado. Entonces, por esa razón ¿no es más peligroso o más culpable? En cambio, el que ya fue condenado y comete un nuevo delito, ese sí es reincidente. La única diferencia está en

(375) ROXIN, Claus, Problemas Básicos de Derecho Penal, Ob. Cit., pág. 18.

(376) Entendiendo por justicia el cobro proporcional al daño realizado.

(377) Sin que por ello se considere la posibilidad de una sociedad sin delitos, lo que es imposible, que no se persiga el fin utópico de cambiar la sociedad.

(378) Art. 10, 15a. C.P.E.

la existencia de una condena que causa ejecutoria. Pero hay otra observación, si el que ya fue condenado ejecutoriamente, delinque nuevamente al estar iniciando el cumplimiento de su pena ¿cómo imponerle una sanción agravada si aún no se sabe si funcionó o no el tratamiento?

Precisemos, si un sujeto comete un delito, sanciónesele proporcionalmente a la magnitud del daño cometido y aplíquese la norma penal correspondiente. Si ese mismo sujeto comete otro delito, con condena ejecutoria o sin ella, impóngasele la nueva sanción también proporcional al nuevo hecho cometido. Para cada delito una punición que no tenga nada que ver con la anterior, ni con el pronóstico de conducta a futuro. Llevar a cabo lo contrario viola el principio "non bis in idem", se juzga por segunda vez el primer delito: "... la agravación por reincidencia supone castigar más un hecho por otro anterior ya castigado. Así, el hecho anterior resulta dos veces castigado, lo que supone una violación del "non bis in idem" (379).

Ahora bien, la ley establece para la declaración de reincidencia, que al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito y, la investigación revela, la existencia de la posibilidad de que se desencadenen efectos negativos cuando se desconoce la fecha en que se emitió sentencia firme y cumplimiento de pena impuesta. Así la jurisprudencia indica que, si se toma en cuenta que el Registro Central de Penados y Rebeldes sólo da fecha de la sentencia anotada y su penalidad, pero silencia aquellos datos, entonces, se crea la posibilidad de

(379) GARZON REAL, Baltazar y MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Reincidencia y Constitución", Op. Cit. pág. 2.

que por razones formales, acabe aplicándose la reincidencia a quien sustantivamente no lo merece (380), aunque para disminuir este riesgo, los Tribunales sustituyen la comprobación de la concurrencia efectiva de aquellas condiciones por la probabilidad de que así fuera, argumentando que sólo llegan al Registro Central las sentencias ya firmes, lo cierto es que la normativa queda seriamente amenazada (381).

-
- (380) Y si a eso se le agrega que, por ejemplo en tesis del Tribunal Supremo Español, se aprecia que el recurrente no presenta certificación de la resolución administrativa que podía haber aclarado el tema o no informa cuándo se cumplió la pena, si hubo o no indemnización civil o remisión condicional. Cfr. STS 13 de mayo de 1987, Ro. 417/84. P.: Sr. Rodríguez; STS 29 de mayo de 1987, Ro. 3981/84. P.: Sr. Soto Nieto; STS 11 de noviembre de 1988, Ro. 276/88, P.: Sr. Huerta y Álvarez de Lara.
- (381) En España es de observarse que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se menciona cuando en el relato fáctico de la sentencia impugnada no se hace constar -a los efectos de la reincidencia- que las condenas anteriores son ejecutorias. "En las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes constan la fecha de la sentencia, pero no la de la firmeza. Se sabe así que cuando se expide la certificación, la condena anterior al nuevo delito era ya firme, pero queda la duda, no salvable contra el reo, de si ese efecto de cosa juzgada se daba ya al ocurrir los nuevos hechos". En este sentido Cfr. T.S. (sala 2a.) Sentencia de 19 de noviembre de 1987. (Ro. 3905/1984). P.: Sr. Díaz Palos.
- Con similar contenido la siguiente: "Las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes contienen la fecha de las sentencias anotadas y su penalidad, pero de manera inexplicable, se continúan silenciando las fechas de firmeza de aquellas y las de cumplimiento de las penas impuestas. Permiten saber que las sentencias eran ya firmes al expedirse la certificación -pues en otro caso no habrían sido anotadas- pero se ignora desde cuando, con lo que falta incluso el dato relativo al momento a partir del cual el comienzo de dichos, ejecución y cumplimiento eran posibles, al menos en principio, piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que la sentencia de instancia -la que consta en el Registro- hubiera sido recurrida en casación. Nuestro actual ordenamiento conecta gratuitamente la reincidencia y la rehabilitación -que la excluye-, encargando al propio Tribunal, conocedor de la agravante, que ordene la cancelación de antecedentes y no aprecie dicha circunstancia modificativa cuando quedaran acreditados los requisitos previstos en el artículo 118 del Código Penal. El sistema tiene el inconveniente de ser posible, en todo caso, que por razones formales

Lo cual no quiere decir que juegue con la remota posibilidad de que los antecedentes hubiesen sido cancelables. Como se indica en la siguiente Tesis: "los arts. 10, 15a. y 118 del Código Penal, son claros en el sentido de que para dejar de apreciar la reincidencia, cuando existan las condenas ejecutorias mencionadas en aquel precepto, se ha de acreditar el cumplimiento de todos los requisitos precisos para la cancelación administrativa, y por eso el Tribunal no sólo deja de aplicar la reincidencia, sino que debe ordenar la cancelación con carácter general. No hay duda, sin embargo, de que la observancia estricta de tal normativa puede llevar a consecuencias materialmente injustas, por ello el Tribunal Supremo suele prescindir de la reincidencia -y de la orden general de cancelación- cuando la concurrencia de dichos requisitos resulta muy probable. Lo que no cabe, es, como en este recurso se pretendía jugar con la posibilidad remotísima de que los antecedentes hubiesen sido cancelables" (382).

Pero también los términos de cancelación de antecedentes penales

acabe aplicándose la reincidencia a quien sustantivamente no lo merece. Para mitigar tan lamentable riesgo, los Tribunales tienden con frecuencia a sustituir la comprobación de la concurrencia efectiva de aquellas condiciones por la referente a la probabilidad de que así fuera. De ese modo la normativa legal queda seriamente amenazada, sobre todo si se recuerda, que el rechazo de la reincidencia -habiendo antecedentes no cancelados todavía- va acompañada en este art. 118 (pero no, literalmente, en el art. 93) de una cancelación de validez general". Tribunal Supremo, Sala 2a., Sentencia de 30 de noviembre de 1987, Ro. 4635/1984. P.: Sr. Manzanares Samaniego. Confrontar también: STS, Sala 2a., 11 de noviembre de 1988, Ro. 276/88, P.: Sr. Huerta y Álvarez de Lara.

- (382) "Reincidencia, Cancelación judicial de antecedentes", Requisitos. T.S. (Sala 2a.) Sentencia 11 de octubre de 1990, Ro. 1375/89, P.: Sr. Manzanares Samaniego, en Actualidad Penal No. 1, semana 31 diciembre 1990-6 enero 1991.

conducen a lo mismo, si el sujeto delinque durante los plazos que señala la ley para cancelar antecedentes penales (383) ya no hay cancelación y es reincidente. Parece que una vez extinguida la responsabilidad penal por cumplimiento de la pena, hay un plazo -el de cancelación- en el que parece estarse en observación. Si se vuelve a delinquir una vez transcurrido ese plazo, se está fuera del período de observación y entonces la primera condena deja de desplegar efectos sobre la siguiente. Entonces, si el sujeto no comete delito alguno dentro del plazo no es reincidente aunque delinca posteriormente. Vale la misma pregunta ¿quién es más peligroso o más culpable? Siguiendo el fundamento de la peligrosidad los dos serían igualmente peligrosos y en cuanto a la culpabilidad, ésta resultaría, exclusivamente de atribuir el hecho injusto a cada uno de los autores con la gravedad constatada en el juicio de antijuridicidad.

Es frecuente que se rechace la cancelación de antecedentes por razones obvias, ya que antes de vencerse los plazos previstos para ello, el sujeto ya cometió un nuevo delito (384). Lo que demuestra que la

(383) En España estos plazos son los siguientes:

Art. 118, 3o. en el Código Penal: "Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad, tres años para las de prisión y cinco para las de reclusión..."

4o. "En los supuestos de reincidencia, los términos de la cancelación se incrementarán en un cincuenta por ciento".

(384) Ejemplos del Tribunal Supremo Español:

STS, Sala 2a., 23 de julio de 1987 (Ro. 3748/84) P.:

Sr. Díaz Palos: "... pero es lo cierto, que condenado anteriormente Roberto B.R. por once delitos contra la propiedad la última vez en fecha 5 de febrero de 1971, y excarcelado el 2 de julio de 1976, al cometer el delito imputado en esta causa a mediados de julio de 1977, no había transcurrido el plazo de cinco años, incrementado en una mitad por su

agravación de la pena en caso de la reiteración de la conducta delictiva no surtió efecto intimidatorio alguno. Entonces, ¿ha tenido un efecto positivo en los sujetos la posibilidad de cancelación de antecedentes penales, es decir, ha surtido efectos preventivos que eviten la repetición de delitos? La respuesta es no. Con o sin la posibilidad de cancelación, los sujetos vuelven a delinquir, lo cierto es que no tiene eficacia.

De lo expuesto, es válido afirmar que la reincidencia es una fuerte incriminación penal que no supone necesariamente disminución de índices de criminalidad y que no es legítima por ser rigurosa e impuesta sin necesidad.

1.5.3. Culpabilidad por el hecho.

El Estado carece de legitimación cuando sanciona al reincidente más allá de lo que le corresponde, en el caso concreto, al reproche que puede formularse a un hombre capaz de asumir su responsabilidad. El principio de culpabilidad cumple una garantía: ser límite. Aun cuando se puede ejercitar el *ius puniendi*, éste debe ser proporcional al daño realizado, de otra manera la justicia no será tal si el cobro excede al daño (385). De ser así, ya no es un pago por lo que el sujeto hizo, sino un pago y "algo más", ese ingrediente adicional, que va más allá, ni siquiera porque

condición de reincidente para poder cancelar dicha condena. El Tribunal Supremo desestima el recurso". En el mismo sentido confrontar: STS, 19-XI-1987, (Ro. 3905/1984) P.: Sr. Díaz Palos.

STS, 17-XI-1987, (Ro. 963/1985) P.: Sr. Gil Sáez.

STS, 11-XI-1988, (Ro. 276/1988) P.: Sr. Huerta y Álvarez De Lara.

(385) Esto contradice la idea de justicia contenida en el art. 1.1 de la Constitución española y que debe entenderse como el cobro proporcional al daño realizado.

se piense que cumple con fines preventivo especiales o de intimidación, que como se vió, tampoco es tan efectiva.

La Culpabilidad es un límite porque protege al individuo del poder estatal y evita prácticas antidemocráticas, en contraste con la prevención especial que anima la represión. Por tanto, la vía que se estima más satisfactoria es la de descriminalizar legalmente la reincidencia (ni punición aumentada ni imposición de medida de seguridad aumentada) e incrementar las medidas de prevención no penal para combatir los factores que inciden en la criminalidad (fuentes de trabajo, servicios públicos). De otra forma, lo único que se hace es encubrir ineficiencias preventivas o lo que es más grave, contextos sociales injustos.

De lo que se trata, precisamente es de descriminalizar las previas criminalizaciones llevadas a cabo en las intervenciones del sistema penal con motivo del o de los delitos anteriores.

La Legislación española da ya un avance en materia de descriminalización. Si bien, existe la reincidencia, ya se han suprimido referencias y alusiones que a la reincidencia existían en el articulado del Código Penal, en que se elevaba a la categoría de delitos unas faltas en atención a condenas anteriores por determinados delitos o faltas (386).

(386) Así, un buen paso es el que ha presentado el art. 515 CPE ya que desapareció la parte en que se elevaba a la categoría de delito -515, 4o.- el hurto que, si bien por la cuantía de 15.000 pesetas, podía ser considerado como falta, sin embargo, era delito automáticamente por el hecho de que el autor hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida. Lo que imposibilita la conversión de hechos constitutivos de

Sin embargo, la reincidencia es una agravante y en su regulación actual lo que hay que plantearse no es la medida en que puede o no agravar la pena legalmente impuesta, sino el hecho mismo de que se pueda agravar tal pena por un delito con el que no tiene ninguna conexión.

El Tribunal Supremo emitió sentencias como la del 6 de abril de

faltas por su cuantía de delitos, en atención a condenas anteriores por determinados delitos o faltas contra la propiedad, lo que sin duda es un avance. L.O. 8/83. También desapareció por L.O. 2/87 el art. 381 CPE que en la reincidencia llevaba aparejada la inhabilitación absoluta. Su contenido era: "El eclesiástico que, requerido por el Tribunal competente, rehusare remitirle los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto, será castigado con la pena de inhabilitación especial. La reincidencia será castigada con la de inhabilitación absoluta".

También fue derogado el art. 530 CPE -L.O. 8/83- que anteriormente se refería a la multirreincidencia y agravaba la pena cuando el culpable fuere dos veces reincidente de los delitos de estafa y otros engaños: "Los delitos expresados en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en grado si los culpables fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito".

Lo mismo sucedió con el art. 533 CPE -L.O. 8/83- que se refería a: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección, será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogare, sin que pueda bajar de 20.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con la misma multa y arresto mayor".

Al art. 537 CPE relativo a la alteración de aparatos de contadores de fluido eléctrico tan sólo se le suprimió el párrafo relativo a la agravación con arresto mayor y multa en caso de reincidencia. L.O. 8/83.

Lo mismo ocurrió con el art. 572 CPE relativo a la omisión de registro en colegio, corporación o asociación oficial que antes contenía una agravación a los reincidentes L.O. 3/89.

Lo mismo ocurrió por L.O. 8/83 en que se derogó el arresto mayor cuando el culpable hubiera sido condenado anteriormente por robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida: art. 528, 4o.

1990 (387), que dio contenido a la del 15 de octubre de 1990 (388), que se orientan hacia los efectos que produce la reincidencia en la aplicación de la pena.

La Sentencia del 6 de abril de 1990 se refiere a un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en que denuncia la inaplicación por parte de la Audiencia Provincial de Madrid de la regla segunda del art. 61 CP, en relación con los arts. 62; 79; 56.2a.; 501.5 y párrafo último y 10,15a.; por la que se condenaba a 4 años, 2 meses y 1 día (límite mínimo del grado máximo de la prisión menor). La Audiencia Provincial de Madrid, no tomó en cuenta la agravante al aplicar la pena. El Tribunal Supremo lo estima y eleva consiguientemente la pena a 4 años, 9 meses y 11 días de prisión menor (389).

El contenido es el siguiente:

STS 6 abril 1990: a) Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61, 2a CPE, cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite. b) La cuestión referente a la superación de este límite como consecuencia de la apreciación de la agravante de reincidencia permitirá fundamentar el recurso de casación por infracción de Ley con apoyo en los arts. 5.4 LOPJ y 101,1 C.E., dado que el art. 5.4 LOPJ no se limita a los derechos fundamentales".

(387) Ponente Bacigalupo Zapater.

(388) Ponente Estévez Fernández.

(389) Se utiliza la vía de la doble interpretación, una constitucional y la otra anticonstitucional; solución que no es viable con el Sistema español.

El Tribunal no entra a la cuestión de la constitucionalidad sino sólo al automatismo de la agravación por reincidencia al que conduce el Código Penal:

"cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior, ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro, no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad" (390).

"En la medida en que la pena resultante de la aplicación de dicha disposición no supera la gravedad correspondiente a la culpabilidad por el hecho cometido, se debió aplicar la pena de cuatro años, nueve meses y once días de prisión menor" (391).

Esta tesis ha merecido cuestionamiento. Así Garzón Real y Manjón Cabeza Olmeda afirman que el límite de la culpabilidad por el hecho en cada caso viene de antemano determinado por la pena legalmente impuesta en cada precepto de la Parte Especial por el Legislador, quien impone el límite derivado por el Principio de Legalidad (392). Entonces, la culpabilidad no es el fundamento, ni el límite de la pena, el único límite está de antemano fijado en la norma (393). Hay que tomar en cuenta que la

(390) T.S. Sala 2a., 6 abril 1990, Ro. 3173/87. P.: Sr. Badgualupo Zapater en Actualidad Penal -No. 26- Semana 25 de junio- 1 julio 1990.

(391) Ibidem, pág. 853 y ss.

(392) GARZON REAL, Baltazar y MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Reincidencia y Constitución", Op. Cit. pág. 8.

(393) Con la multirreincidencia o reincidencia especial sí que se vulneraba este límite.

reincidencia no supera el límite de penalidad al que obliga el Principio de culpabilidad por el hecho y, no lo supera porque prescinde de él y lo sustituye por la culpabilidad por la conducción de vida, (394) una forma de ser, una proclividad para delinquir. Consagrando la reincidencia en un derecho penal de autor.

El Tribunal Supremo aborda la no aplicación automática de la agravación, situación que contrasta con el sistema español de determinación de la pena, que en virtud del principio de legalidad busca limitar lo más posible el arbitrio judicial: "No es lo mejor, pero tampoco lo es, querer cambiar el automatismo en la aplicación de la reincidencia por el criterio orientativo, con base en algo que no ocurre nunca: sobrepasar el marco legal de la pena garantizado por la culpabilidad. Se deduce que la agravación sí se puede aplicar sin sobrepasar el marco legal de acuerdo a la Constitución y parece deducirse que lo anticonstitucional estará en el recurso a la regla 2 del art. 61 CPE, es decir en el "funcionamiento de la agravante" que en ocasiones se aplicará y en otras no" (395).

Esto se deduce de lo siguiente:

"Cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor, ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulta de la

(394) En este sentido véase Quintero Olivares, Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 587 y ss. y 623 y ss.; GARZON REAL, pág. 8.

(395) Vid. GARZON REAL, Baltazar y MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Reincidencia y Constitución", Ob. Citi. pág. 10.

gravedad de dicha reprochabilidad" (396).

Como se ve, se impone un razonamiento poco operativo, pues el art. 61 CPE contiene reglas que deben aplicarse -no es facultativo para el juzgador- cuando se reúnan sus requisitos. No observar la regla crea inseguridad jurídica al no considerar reincidente al que sí lo es.

Después de estos puntos de vista se insiste en que la agravación de la reincidencia no es buena, es anticonstitucional, pero mientras exista, en virtud del principio de Legalidad debe aplicarse y, no se puede, vía interpretativa prescindir de ella, allí donde sí proceda (397).

La reincidencia vulnera el principio de culpabilidad por el hecho porque utiliza para agravar la pena -aun dentro de los límites de legalidad- un ingrediente adicional que supone la culpabilidad por otro hecho anteriormente enjuiciado. En otros términos, es anticonstitucional porque prescindiendo de la culpabilidad por el hecho fundamenta la sanción penal en la culpabilidad de un hecho anterior. Tan es así que el aumento de punición que hace el Tribunal Supremo en Sentencia del 6 de abril de 1990, de 7 meses y 10 días, no supera el límite legalmente impuesto, pero sí corresponde a un hecho distinto anteriormente juzgado. Es un aumento por un hecho con el que no tiene ninguna conexión. Contrariando así otro principio, el de "non bis in idem" y tomando en cuenta "la conducción por la vida".

(396) T. S. 6 de abril 1990, Ro. 3173/87.

(397) STS, 5 diciembre 1990, Ro. 475/90, P; Sr. Puerta Luis: "La estimación de la reincidencia no supone, en ningún caso, la extralimitación de las penas señaladas para cada figura delictiva, únicamente comporta la procedencia de imponer dicha pena "en su grado medio o máximo", vid. art. 61,2 CPE."

Es inevitable que cuando el juzgador aplica la agravante e impone el grado máximo de pena, con ello sobrepasa la culpabilidad por el hecho sustituyéndola por la peligrosidad mostrada por el sujeto juzgado con anterioridad. En la sentencia del 6 de abril de 1990 ocurre esto, aunque sostenga que no supera la culpabilidad por el hecho, de no haber sido así tendrfa que haber dejado intacta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que se dictó sin tomar en cuenta la conducta anterior ni conducta a futuro.

Y en lo que se refiere a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, la reincidencia no se ubica en las agravantes del delito, sin embargo, en el capítulo dedicado a las medidas de seguridad se introduce el término de "habitual" y se adiciona a la pena una medida de seguridad de cinco años a quien lo sea (398). Siendo habitual quien haya sido condenado por tres o más delitos no cancelados registralmente, de tal suerte que se presuma su inclinación a delinquir según declaración expresa del Tribunal; el Anteproyecto en verdad consagra la peligrosidad. Además se mantiene la cancelación de antecedentes penales para quien

(398) Art. 100 PANCP de 1983: 1. A los delincuentes habituales el Tribunal les impondrá además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena.

2. Cumplido el período de internamiento y el de la pena impuesta, el Tribunal podrá imponer la observancia de las reglas de conducta previstas en el art. 101.

3. A los efectos de este artículo, se considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del Tribunal, previos los informes a que se refiere el art. 87, 2a.

le haya sido posible abstenerse de delinquir dentro de los plazos señalados que, por otra parte, muestran un aumento, pues el máximo es de ocho años (399).

La reincidencia cede su lugar a la habitualidad y la agravación de punición a la medida de seguridad, que en la práctica en nada se diferencia actualmente de una pena pues puede suponer también privación de libertad. El principio de culpabilidad por el hecho cometido no se observa y predomina el Derecho Penal de Autor basado en antecedentes no cancelados. Y qué decir de la observancia de reglas de conducta que prevé la Propuesta, que son verdaderas restricciones de bienes del autor del delito (observación de Juez de vigilancia, caución de conducta etc.). En consecuencia: pena, medida de seguridad y observancia de reglas de conducta, sin duda una cadena de restricciones penales (art. 101 PANCP 1983). En cuanto a la medida de seguridad sólo se aplica tras hacerse un juicio de pronóstico sobre la futura peligrosidad criminal del sujeto (art. 87, 2o.) de tal forma que la medida procede en todos los casos en los que se dan los requisitos de la habitualidad. La reacción penal frente a la habitualidad permite ejecutar la medida antes o después del cumplimiento de la pena (art. 100). Se establece un caso de habitualidad para los delitos imprudentes y de riesgo con vehículo de motor (art. 104).

(399) Art. 113,2,3o. PANCP de 1983: Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; cinco para las penas graves de hasta diez años de duración, y ocho para las penas superiores a diez años.

En la Propuesta de Anteproyecto de 1992, en el capítulo relativo a las agravantes (art. 21) no aparece la reincidencia, sin embargo, es hasta el art. 65 dentro del capítulo "De la aplicación de las penas", en que se le define y considera de la siguiente manera:

Art. 65 PANCP 1992: "1. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Capítulo de este Código, y sea de la misma naturaleza.

2. También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor.

3. Cuando concurriere la circunstancia descrita en el número 1 de este artículo, los Jueces o tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley. Si se trata de la reincidencia contemplada en el número 2, los jueces o Tribunales podrán imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor".

Surgen dos hipótesis:

1. Imposición de la pena en la mitad superior de la establecida por la ley para delitos comprendidos en el mismo capítulo del Código y sean de la misma naturaleza.
2. Facultad de imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor, en los casos del art. 65,2.

La primera hipótesis revela los mismos efectos agravatorios de la legislación actual, por lo que es válido aplicar los mismos principios que se

han expuesto: mayor peligrosidad del sujeto reincidente, presumida en un pronóstico de conducta a futuro, violación del principio "non bis in idem" y sustitución del principio de culpabilidad del hecho por el de culpabilidad por una forma de conducción en la vida.

La segunda hipótesis establece una innovación, a saber: que el Juez, una vez constatada la reincidencia, puede estimar la imposición del efecto agravatorio. Se opta así, por no dictar reglas fijas, otorgando criterios orientadores al Juez sobre la determinación de la pena. Se rompe con el automatismo en la aplicación de la reincidencia y, en este caso, con el sistema de determinación que daría así lugar al criterio orientador.

Se introduce un sector de discrecionalidad judicial y se reduce la aplicación de la reincidencia como agravante (400).

En lo tocante a la cancelación de antecedentes penales la PANCP 1992, en su art. 140, establece similares plazos que el Código vigente (401). Es de llamar la atención que, en la PANCP 1992, se establece un nuevo sistema en la clasificación de penas conforme al art. 30 (402).

(400) A la manera de la reiteración que en los Códigos de 1870, 1928 y 1932, era una circunstancia agravante de aplicación no automática.

(401) Art. 140 PANCP 1992. 2o. Haber transcurrido sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

(402) Conforme al art. 30 PANCP son: penas graves, menos graves, leves y accesorias.

1.6. OTRAS LEGISLACIONES.

En Latinoamérica.

Las dificultades que entraña la reincidencia llevaron, por ejemplo, al legislador colombiano, a eliminar directamente toda referencia a delitos anteriores. Pero en otros países se han mantenido los problemas que encierra y que permanecen sin resolver. Así por ejemplo la duración de la agravante en algunos códigos es de cinco años (Bolivia, art. 41; Brasil, art. 63; Honduras, art. 28; Panamá, art. 72; Uruguay, art. 48). En otros textos es de diez años (Puerto Rico, art. 61; Venezuela, art. 100). Una escala entre tres y quince años según la gravedad de la pena como en el caso de Paraguay (403).

En México la reincidencia lleva a consecuencias excesivas a los sujetos ya que, de acuerdo con el art. 65 del Código Penal para el Distrito Federal:

Art. 65 CPDF: "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma".

Si se toma en cuenta que en México la punibilidad máxima para los

(403) Confrontar información en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final, septiembre 1985, Ob. Cit, págs. 111 y ss.

delitos más graves, como lo es un Homicidio Calificado, es de cincuenta años, parece claro que si se es reincidente y, si en el caso concreto se impone una punición así, se requiere de una larga existencia, ya que tal regulación posibilita un "estado de reincidencia" que duraría toda la vida dada la imprecisión en los límites. Es un desmedido arbitrio judicial posibilitado por el legislador.

En la misma línea de mayor represión al reincidente, el legislador mexicano, en reciente adición al Código Penal para el Distrito Federal, (Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1991), creó un segundo párrafo para el art. 65, a saber:

Artículo 65 Código Penal para el Distrito Federal, 2o. Párrafo:
 "En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad".

No es más que la negación absoluta de derechos para el reincidente, a quien ni siquiera le corresponde el beneficio de una pena alternativa, el legislador no duda en la privación de libertad.

1.7. OBSERVACIÓN FINAL.

La igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de libertad y la proporcionalidad de las penas quedan, entre otros principios ya enunciados, afectados por la reincidencia.

2. DESCRIMINALIZACION LEGAL: DELITO IMPOSIBLE - TENTATIVA INIDONEA

2. DESCriminalIZACION LEGAL: DELITO IMPOSIBLE -TENTATIVA INIDONEA.

2.1 CUESTIONES PREVIAS.

En la misma línea de criminalizar hechos por su peligrosidad el legislador ha previsto la figura del delito imposible o tentativa inidónea.

El problema que se plantea es el relativo al tratamiento jurídico penal de la realización de la conducta del sujeto activo dirigida a la concreción de un tipo legal que no llega a realizarse por inexistencia del bien jurídico o por inidoneidad de los medios empleados por el Sujeto Activo para alcanzar la lesión del bien jurídico, como sucede cuando se dispara contra un cadáver creyéndolo una persona viva o cuando se administra un abortivo o medios inidóneos en mujer no embarazada o, también, cuando se pretende privar de la vida con una dosis pequeña de veneno o con azúcar al que no es diabético.

Es una imposibilidad fáctica para que haya delito, sin embargo, se polemiza sobre la punibilidad de los actos ejecutivos que lleva a cabo el sujeto activo.

La denominación que la doctrina causalista y finalista ha dado a este problema es la de delito imposible e, inclusive, tentativa inidónea por falta de objeto jurídico o en cuanto a los medios.

La denominación mencionada involucra una problemática referente -como se indicó- a la punibilidad para estos casos, que es muy discutida entre los especialistas de cualquiera de las corrientes teóricas

mencionadas, problemática que, por otra parte, se ha dado aun en una misma corriente teórica. Tan es así que la doctrina -causalismo y finalismo- se debate en torno a si debe aplicarse en la solución de los casos dados, la teoría objetiva o la teoría subjetiva en la determinación de su punibilidad.

En medio de una seria polémica la teoría objetiva surge en la suposición de que lo ilícito jurídico, penalmente relevante, se agota básicamente en la lesión de un bien jurídico, de tal manera que la antijuridicidad de la tentativa sólo puede fundamentarse a través de la puesta en peligro de un bien jurídico (404). De acuerdo a esto la conducta en el delito imposible será considerada impune. (405).

Y, en cuanto a la teoría subjetiva de la peligrosidad, sostiene que: "no necesita la realización exterior de voluntad ser, en cuanto tal peligrosa, sino que para el ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa la voluntad que cree ponerse con su actuación de inmediato en relación con la realización del delito"(406). De acuerdo a esto la conducta en el delito imposible debe ser castigada penalmente.

A continuación se expone esta diversidad a favor o en contra del

(404) Vid. STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible. Tr. Gladys Romero, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1982, pág. 212.

(405) Feuerbach ya había determinado que una acción es contraria a derecho si lesiona o pone en peligro precisamente al derecho, que el dar supuesto veneno o la tentativa de homicidio de un cadáver deben ser impunes. En *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 9a. ed. Citado por STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General. El hecho punible. Ob. Cit. p. 212.

(406) WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte general. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 11a. ed., 1976, pág. 266.

castigo penal para la conducta planteada y se presenta el marco legislativo de referencia de países como Alemania, algunos latinoamericanos (México entre ellos) y España. Panorama que, finalmente, es donde se localiza la respuesta, objetable o no.

2.2. ALEMANIA.

La doctrina alemana sostiene algunos puntos de vista. Así, Jescheck sostiene que la tentativa debe encerrar un mínimo de peligrosidad y que ésta falta cuando el hecho, por la naturaleza del objeto en el que iba a recaer o de los medios con los que fue cometido, en ningún caso podía llegar a la consumación (407). Por peligrosidad indica: "el reproche que se hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal" (408). Y si la reacción penal se vincula directamente a esa peligrosidad criminal, entonces reconoce la impunidad para la tentativa inidónea en cuanto al objeto, cuando afirma: "aunque en el fondo falte en estos casos la necesidad de pena..." (409).

Welzel, por su parte, señala que en Alemania la posición constante de la jurisprudencia es que la realización exterior de voluntad no necesita ser, en cuanto tal, peligrosa, sino que, para el ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa la voluntad que cree ponerse con su actuación de

(407) JESCHECK, Hans - Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, vol. 2, 1981, pág. 727.

(408) JESCHECK, Hans - Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, vol. 1., 1981, pág. 75.

(409) JESCHECK, Hans - Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. 2, Ob. Cit. pág. 728.

inmediato en relación con la realización del delito (410). Y más adelante menciona un punto de vista frente a estos casos: "mientras más idónea es la tentativa, más intensa es, también por principio, la energía delictiva. De ahí que cuando la acción tentada pierda toda base de realidad, en tal caso a la voluntad le falta todo merecimiento de pena" (411).

En cuanto al Código Penal, el legislador alemán considera que la tentativa inidónea en cuanto al objeto o en cuanto al medio, no llega a la total impunidad, sino sólo a la posibilidad de prescindir de la pena e inclusive sólo a una atenuación facultativa de la pena, ya que el juez puede, en todos los casos, rebajar la punición hasta el mínimo legal (412). El marco legal es como sigue:

Artículo 62 del Código Penal Alemán: "Si el autor desconociese, por grosera incompreensión que, por la naturaleza del objeto o del medio, en o con el cual ha de realizarse el hecho, la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación, el Tribunal puede atenuar la pena según su libre apreciación o prescindir de ella" (413).

Al respecto, Stratenwerth cuestiona esta disposición y señala que la tentativa inidónea o delito imposible, en principio es punible. De todos modos se pregunta si ello todavía debe regir para toda tentativa que,

(410) Es el concepto de peligrosidad de la teoría subjetiva. Cfr. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Ob. Cit. pág. 266.

(411) Ibidem, pág. 267.

(412) JESCHECK, Hans - Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. 2, Ob. Cit. pág. 728.

(413) Confrontar la siguiente obra, de donde se ha tomado este contenido legal: BUSTOS RAMIREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 309.

"según la especie del objeto sobre el cual debería haber recaído o del medio con que debería habérsela cometido, de ningún modo hubiera podido conducir a la consumación" (414).

Lo que sucede es que la legislación alemana es el resultado de una polémica en que, en lo fundamental, se ha impuesto el punto de vista del Reichsgericht. Punto de vista que, en principio, tomó el concepto de peligrosidad de la teoría subjetiva, como punto de partida y que llegó muy lejos. Este peligro fue contemplado de modo abstracto y general porque interesa menos el peligro del bien jurídico que el del orden público que resulta amenazado por la voluntad rebelde del autor. Independientemente de que el sujeto sea, o no, capaz de alcanzar su meta: "una distinción de las acciones del autor atendiendo a la idoneidad (peligrosidad) o inidoneidad (no peligrosidad) es imposible, desde el momento en que la falta de resultado de la tentativa concreta aporta la prueba de la concreta inidoneidad de su proyecto" (415).

Se observa, en lo fundamental, que se ha impuesto este punto de vista, sin embargo, modificado por las aportaciones de la ciencia (416).

Lo cierto es que la regla general debería ser prescindir de la reacción penal, en lugar de dejar al juez la decisión, ya que sólo él puede no aplicar la pena o atenuarla a su discreción.

(414) STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible, Ob. Cit. p. 212.

(415) MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, pág. 191.

(416) Sobre el desarrollo de la polémica puede verse Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 190 y sgts.

2.3. ESPAÑA.

La doctrina española se encuentra dividida en torno al fundamento de la punibilidad de esta figura, es decir, en torno a la teoría objetiva (417) o subjetiva (418). Una opinión en contra de su castigo penal la encontramos en Mir Puig, quien expresa: "Personalmente me he inclinado por una perspectiva objetiva, que creo necesaria en el Derecho Penal preventivo que impone un Estado Social y Democrático de Derecho" (419).

La tentativa inidónea, el delito imposible, es algo peligroso en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, ex ante, hubiera podido no concurrir en ella la idoneidad y producirse por su virtud el delito. Cosa que indudablemente no sucedió, de allí la afirmación de que se puede prescindir de pena.

Muñoz Conde indica que el límite de la punibilidad de la tentativa debe buscarse en la peligrosidad de la acción, la cual debe medirse con criterios distintos. Así, disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva no es una conducta objetivamente peligrosa para el observador imparcial que conozca la realidad, pero puede ser considerada como peligrosa e idónea para matar, para el observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva (420).

(417) Vid. ANTON ONECA, citado por Mir Puig, Santiago, en Jescheck, H. H. Tratado de Derecho Penal, Adiciones de Derecho Español, Ob. Cit. pág. 733.

(418) Vid. Cuello Calón, Cerezo Mir, Suárez Montes. Citados por MIR PUIG, Santiago, en Jescheck, H. H., Tratado de Derecho Penal, Adiciones de Derecho Español, Ob. Cit. pág. 733.

(419) MIR PUIG, Santiago, "Adiciones de Derecho Penal Español", en JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. 2, Ob. Cit. pág. 733.

(420) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, 2a. ed.

Precisamente esto último hace que la tentativa inidónea en cuanto al objeto jurídico sea punible.

Por su parte, el Código Penal no rechaza la punición de la tentativa irreal con base en que el fundamento subjetivo común a toda tentativa punible permite castigar los supuestos de inidoneidad absoluta (421).

El marco legal español es como sigue:

Artículo 52, párrafo 2o. del Código Penal Español:

"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito" (422).

Por su parte, la jurisprudencia española señala, precisamente, el segundo párrafo del artículo 52 del Código Penal Español como fundamento de punibilidad para el caso que nos ocupa:

"Este artículo señala la punibilidad de la tentativa, del delito de ejecución imposible... El Tribunal tiene facultad para imponer la pena inferior en uno o dos grados. Se castiga como delito imposible cuando se aprecie una resolución para delinquir, se comience la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve la peligrosidad del bien protegido como síntoma de antijuridicidad, aunque los medios sean inidóneos o no exista

Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, págs. 169 y 170.

(421) Vid. Antón Oneca, Derecho Penal. Parte General, pág. 147.

(422) Código Penal Español, Madrid, 1989, Editorial Cóllex, pág. 94.

objeto delictivo (S. S. 23-I y 11-10-83; en el mismo sentido otras como las de 5-4-76 y 3-12-78) (423).

"El delito o tentativa imposible constituye, según S. 24-5-82, una figura propia, de modo que dicho precepto funciona como causa de extensión de la pena con preferencia a cada uno de los delitos mencionados en el texto penal, reconoce su fundamento en la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía contra la norma y la conmoción colectiva que produce en el medio social..." S. 27-3-87 (424).

Es así como el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal Español hace punible el delito imposible, al margen de si se considera legítimo o no, sancionar penalmente a un sujeto exclusivamente por la peligrosidad de su acción mostrada en la manifestación de su voluntad dolosa, a pesar de la inexistencia de un bien jurídico. Lo que debería fundamentar, suficientemente, también, la inexistencia de punibilidad (425).

La doctrina española propone soluciones que están en la línea de los códigos más modernos que contemplan la posibilidad de prescindir de toda clase de reacción penal en los supuestos de delito o tentativa imposible, ni siquiera medidas de seguridad. Así Morenilla Rodríguez,

(423) Código Penal Español, Editorial Cóllex, 1989, pág. 94.

(424) Código Penal Español, 5a. edición. Puesta al día legal y jurisprudencialmente, Madrid, Editorial Cóllex, 1989, pág. 84.

(425) En la PANCP de 1983 en el artículo 21,2 se mantiene la incriminación penal de la tentativa inidónea o delito imposible:

Art. 21,2: "Asimismo hay tentativa en los casos de imposibilidad de producción de un delito por falta de idoneidad de los medios empleados o por ausencia de objeto".

La punibilidad se mantiene igual que la del actual art. 52 CPE.

Es clara la tendencia peligrosista.

dentro de las sugerencias de reformas a introducir en los títulos preliminar y I a V del Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, expresa que: "se estima innecesaria la imposición de medidas de seguridad para el supuesto de tentativa inidónea que, precisamente por serlo evidencia la torpeza y, por tanto, la escasa peligrosidad del autor" (426).

2.4. PAISES LATINOAMERICANOS.

En Latinoamérica la problemática se plantea sólo en algunos códigos penales.

Zaffaroni considera que la sanción penal, a una mera manifestación de voluntad, puede convertirse en una tipicidad de tentativa de homicidio: "Así, un acto atípico y, por ende impune, como la necrofilia, por vía de este instituto puede pasar a ser tentativa inidónea de violación, si el sujeto activo creyó que la supuesta víctima estaba viva" (427). Zaffaroni se pronuncia, así, en contra de esta figura y recomienda excluir del ámbito de lo punible las llamadas tentativas inidóneas o delitos imposibles" (428). Ejemplos de estas tipificaciones son:

Artículo 18 del código Penal Colombiano: "Si el delito fuere

(426) Sugerencia de reforma a introducir en los títulos preliminar y I a V del Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, redactado por la Ponencia Especial nombrada al efecto para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Texto presentado a la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación el 11 de noviembre de 1978, BARBERO SANTOS, Marino, Marginación Social y Derecho Represivo, Ob. Cit. pág. 164.

(427) ZAFFARONI, Raúl, "Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina", Ob. Cit. pág. 89.

(428) Ibidem, pág. 88, 89 y 90.

imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y hasta prescindirse de ella teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36". (El que entre otras cosas, se refiere a la peligrosidad) (429).

Artículo 99 del Código Penal Peruano: "El Juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su *mínimum legal*, respecto de aquél que hubiera intentado cometer un delito por medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible" (430).

Los textos legales presentados permiten que, en la tentativa inidónea o delito imposible, sea el punto de vista del Juez el que decida su impunidad o no, o bien tan sólo la atenuación, en la que no por ello deja de considerarse un delito porque lo decisivo es precisamente la reacción penal frente al autor por haberse convertido en una personalidad criminal (431), tal resultado viola el principio de legalidad porque falta la necesidad de punibilidad.

Otro caso que llama la atención es la legislación brasileña en la que está reconocida la no punibilidad de la tentativa en un delito imposible, que ocurre cuando por absoluta ineficacia del medio empleado, o por absoluta inexistencia de objeto, era imposible una consumación:

-
- (429) Consultar la siguiente obra de donde se ha tomado este contenido legal: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Ob. Cit. pág. 309.
 - (430) Consultar la siguiente obra de donde se ha tomado este contenido legal: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Ob. Cit. pág. 309.
 - (431) También se permite, además de la atenuación, el prescindir de la punición en Honduras, artículo 66.

Artículo 17 Código Penal Brasileño: "No se pune una tentativa cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta inexistencia del objeto, es imposible consumarse un delito" (432).

Sin embargo, verificada una peligrosidad del agente puede serle aplicada una medida de seguridad (433).

Cuando en realidad si no hay bien tutelado o actividad idónea para lesionarlo, no se cumple con finalidades protectoras de intereses jurídicos propia del Derecho Penal.

2.4.1. México.

Entre los países latinoamericanos no podía dejar de mencionarse México. También existe división de opiniones en torno a la punibilidad de lo que la doctrina denomina delito imposible o tentativa inidónea en cuanto a los medios o en cuanto al objeto.

González de la Vega está a favor de su punibilidad y lo define así: "delitos imposibles en que el agente emplea medios idóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias del todo extrañas; por ejemplo: una persona que dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva, como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de

(432) Código Penal. Legislación Brasileña, Organización de los Textos, Notas e Índices por Juarez de Oliveira, 27a. ed., São Paulo, Editora SARAIVA, 1989.

(433) Exposición de Motivos del Código Penal Brasileño. Código Penal, Legislación Brasileña, Ob. Cit. pág. 12.

tentativa... se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves" (434).

Castellanos Tena no está a favor de su punibilidad: "El imposible tampoco debe punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de hechos encaminados directamente a la realización de un delito; éste jamás se verificaría por falta de objeto jurídico" (435).

Jiménez Huerta llama la atención en la total separación entre la conducta inidónea y el tipo legal: "Cuántas veces nos hallemos ante actos que, si bien realizados por el propósito de cometer un delito, están carentes de idoneidad en el caso concreto, surge el concepto negativo del delito imposible... que surge del absoluto divorcio que existe entre la conducta y el tipo penal" (436).

La opinión de la Corte también ha estado presente en este asunto tan discutido entre los especialistas, por ejemplo la de Rodolfo Chávez Sánchez, Ministro de la Suprema Corte sustentaba el criterio de que sí hay tentativa punible cuando el delito no se consuma por ausencia de objeto jurídico, como en el caso del ejemplo clásico de quien dispara sobre alguien ya muerto, desconociendo el agente esta circunstancia, pero siempre que los medios sean idóneos y se encaminen directamente a la ejecución del acto típico, así sea éste de imposible ejecución (437).

(434) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Comentado, México, Editorial Porrúa, 1982, pág. 69.

(435) CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 19a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1984, pág. 282.

(436) JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 3a. ed. México, Editorial Porrúa, 1980, pág. 389.

(437) Vid. CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho

Un dato importante lo es la opuesta posición que los juristas en México presentan en torno a la anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal (438). Las posiciones por demás opuestas son las siguientes:

Para Raúl Carrancá y Trujillo es punible: "dentro de la amplia fórmula transcrita encontramos que caben las siguientes tentativas punibles... 2. el delito imposible (tentativa imposible o delito tentado)" (439).

García Ramírez, cuando explica las hipótesis comprendidas en este artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, anterior al vigente, expresa: "Se estima que bajo esta fórmula caen tanto la tentativa inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente, como el delito imposible..." (440).

En contra de la punibilidad para la tentativa está Jiménez Huerta: "la llamada tentativa imposible, esto es aquella que carece de idoneidad para consumir el delito, no es subsumible en el dispositivo amplificador del tipo contenido en el artículo 12 del Código Penal" (441).

Penal, Ob. Cit. pág. 282.

(438) Anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

(439) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 14a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982, pág. 645.

(440) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho Penal, México, UNAM, No. 36, 1983, pág. 36.

(441) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Ob.Cit. p. 385.

Verdaderamente de la anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal no se extrae la conclusión de que abarcaba el concepto de delito imposible o tentativa inidónea porque el legislador hablaba de "delito" y el delito es un hecho inseparable del bien jurídico, es más, es irrealizable un delito de tentativa cuando no existe en la realidad el interés tutelado, aun cuando la actividad puesta en juego por el sujeto activo sea la idónea para alcanzar la lesión del bien jurídico si éste no existe, tampoco puede existir, en el caso concreto, una punición. Esto contradice el principio de protección de bienes jurídicos propio del Estado social y democrático de Derecho. De ahí que la figura denominada por causalistas y finalistas "delito imposible" o "tentativa inidónea en cuanto al objeto o los medios", no existe en esa anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal y, en consecuencia no es ningún fundamento legal de punibilidad.

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad "queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (442). Siendo así, del artículo 12 del Código Penal que rige actualmente, no se desprende la punibilidad para aquellos casos de inexistencia de bien jurídico:

Artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por

(442) Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

causas ajenas a la voluntad del agente" (443).

Y no se desprende, porque en el Código Penal para el Distrito Federal no existe un texto que contemple punibilidad para el caso planteado como ocurre en las legislaciones expuestas y porque el concepto de delito previsto en el artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal contempla como probable la lesión de un bien jurídico que existe previamente en la facticidad. El principio de legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal.

Sin embargo, en oposición al Código Penal del Distrito -que rige para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal- existe en códigos penales de entidades federativas, por ejemplo, el de Guerrero, una disposición expresa para el delito imposible:

Artículo 65 del Código Penal de Guerrero: "En el caso de la tentativa inidónea se podrá imponer al agente hasta un tercio de las penas aplicables al delito que quiso realizar, o tratamiento en libertad, en su caso".

La situación en los códigos penales de los estados de la República Mexicana varía. Algunos siguen la orientación del Código Penal del Distrito Federal, es decir, no contemplan la tentativa inidónea, otros, como el de Guerrero, sí la prevén. Y precisamente en su art. 65 CPG hay algo atractivo y también novedoso. Es que se establece otra opción al juzgador, la imposición del tratamiento en libertad que consiste en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas en su caso, (443) Código Penal para el Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, 1991, pág. 10.

conducentes a la readaptación social del sentenciado y bajo orientación y cuidado de la autoridad ejecutora y cuya duración no puede exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. Es novedoso por la clase de sanción penal que se prevé.

Ahora bien, los Códigos Penales de los Estados de la República Mexicana que también incriminan penalmente la tentativa inidónea o delito imposible son: Coahuila, art. 27 y art. 109; Chiapas, art. 59, tercer párrafo; Guanajuato, art. 18; Guerrero, art. 65; Hidalgo, arts. 14 y 104; Michoacán art. 11, tercer párrafo y art. 55; Morelos, art. 34; Nayarit, art. 6 frac. IV y art. 12; Puebla, art. 94 frac. III; Querétaro, art. 15; Quintana Roo art. 58, segundo párrafo.

2.5. REFLEXION FINAL.

No se puede hablar de la existencia de un delito sin que exista un bien jurídico que por lo menos se ponga en peligro. La expresión representa una contradicción, según la cual no se puede punir lo que no se ha dado materialmente. Por la misma razón, tampoco puede hablarse de una tentativa cuando no tiene existencia en la realidad un interés protegido en la norma, lo que impide, en el caso concreto, ponerlo en peligro.

El concepto de tipicidad remite a un contenido elaborado por el legislador: la exacta correspondencia entre el tipo y la realidad concreta determinan la existencia del delito. Expresado el tipo legal de la siguiente manera: así, tipo legal es una figura elaborada por el legislador

descriptiva de una clase de eventos antisociales: "con un contenido necesario y suficiente para garantizar penalmente la protección de los bienes jurídicos" (444).

Además de remitir a un contenido legislativo, como lo es el tipo legal, el concepto de tipicidad remite, de acuerdo a su definición, a un contenido fáctico. Su fundamento normativo se encuentra en el tipo legal que, como se vió, es una figura creada por el legislador, y cuyo elemento básico es el bien jurídico, que se define como: "el concreto interés, individual o colectivo, de orden social protegido en el tipo legal" (445). Su lesión o el peligro al que lo expone el sujeto activo, da lugar a que, en el caso concreto, se le fije una punición, salvo en aquellas situaciones concretas en que no exista ese interés porque la protección penal deviene inútil e innecesaria. No habiendo que tutelar, carece de todo sentido, imponer esa punición, de igual forma cuando la inidoneidad de los medios no lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Lo anterior conduce a las siguientes observaciones: El interés individual o colectivo y la actividad son relevantes penalmente, siempre y cuando exista tipicidad. Por ejemplo, si el tipo legal de homicidio prevé como bien jurídico la vida humana y como actividad idónea cualquiera que se resuelve en su destrucción, en el caso concreto debe existir esa vida

(444) RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio, Fuentes Reales de las Normas Penales, Revista Mexicana Justicia, No. 1, vol. 1, enero-marzo 1983, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1983, págs. 30 y sgts.

(445) ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, México, Ed. Trillas, 1991, pág. 32.

humana y esa idoneidad. Cuando esta correspondencia no se presenta, no hay delito.

Lo que sucede es que el bien jurídico es un presupuesto, un antecedente, que debe existir en la realidad antes de la realización de la actividad idónea para lesionarlo. (446). Y aun cuando el sujeto activo, efectivamente despliegue esa conducta idónea (dolo y actividad idónea para lesionar un bien jurídico), a pesar de ello, su conducta no se convierte en delictiva o, lo contrario, cuando existiendo bien jurídico -objeto de tutela jurídica- sin embargo la actividad empleada es inidónea.

Cuando algunos juristas y algunas legislaciones plantean la existencia de un delito en el llamado delito imposible y, como tal, el merecimiento de punibilidad, lo hacen poniendo énfasis, precisamente, en la ejecución de la actividad idónea para la lesión del bien jurídico, por ejemplo, la vida humana, pero no esa que, en el caso concreto, ya no existe. O en la intención que llevaba el autor de lesionar un bien jurídico existente, aun cuando su actividad fuera inidónea para alcanzarla. A pesar de esto, consideran que el autor ha realizado una parte de la imagen rectora típica, la de la ejecución, y que ha exteriorizado su peligrosidad aunque no ha logrado su objetivo por su propia voluntad, sino por el hecho de que el sujeto pasivo ya estaba muerto, o la mujer no estaba embarazada, o los medios eran inidóneos, causas éstas, ajenas a su voluntad. Esta peligrosidad falta cuando el hecho por la naturaleza del

(446) Para el estudio de los presupuestos: Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, Primera Parte: Teorías Generales, II, Buenos Aires, 1948, págs. 37 y 38; Islas de González Mariscal, Olga, Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, Ob. Cit. págs. 44 y sgts.

objeto en el que iba a recaer o de los medios con los que fue cometido en ningún caso podía llegar a la consumación y el autor no lo sabía por una falta burda de entendimiento (447).

Se olvida que, a pesar de la exteriorizada voluntad dolosa, se aprecia la imposibilidad de lesión, sin considerar que las normas penales se formulan para la protección de bienes de interés social. En virtud del Principio de Legalidad queda prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata y el delito significa existencia del bien y de una conducta idónea que lo lesione. El Principio de Legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal.

Consecuentemente, se insiste en esto, el delito es mucho más que la exteriorización de una voluntad dolosa (conducta) y el problema planteado no llega a convertirse en delito de tentativa punible por una razón fáctica. Y el Principio de Legalidad demuestra que un exclusivo Derecho Penal de autor que fundamenta la reacción penal en la peligrosidad, tiene que fracasar, porque no es posible que en un Estado de Derecho el delito se refiera a personalidades de autor, cuando es evidente la ausencia de base fáctica.

En virtud del Principio de Legalidad, el Derecho Penal no debe reaccionar frente a comportamientos de imposible realización fáctica, con la débil argumentación de que aparecen como actitudes peligrosas ante el ordenamiento jurídico. Debe imperar una perspectiva que sólo puede

(447) Vid. JESCHECK, H. H. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. 2, pág. 727.

derivarse de un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde las normas penales y su concreción se basan en la tutela de bienes de interés social que existen realmente legitimando la actividad jurídico penal.

Este análisis rechaza la pena para el delito imposible, sin embargo, se considera como posible una medida de seguridad, pero eso sí con determinados lineamientos y sólo para algunos casos. La propuesta político criminal es la siguiente. Veamos: "no será punible la tentativa cuando el delito no se pudiere consumar por inidoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material, a no ser que se trate de la tentativa de delitos contra la vida y la salud personal, en cuyo caso se aplicará una medida de tratamiento, en internamiento o en libertad, cuyo contenido será laboral, educativo o curativo, en su caso y cuya duración no puede exceder de un tercio de la pena aplicable al delito contra la vida o contra la salud personal".

Esta es una posición que intenta un equilibrio y que acepta la posibilidad de una medida de seguridad, pero exclusivamente para los casos expuestos, fuera de ellos la solución es ni pena, ni medida de seguridad, ya que ésta -al igual que la pena- no deja de ser una privación de bienes del autor de la tentativa inidónea. (448).

(448) Esta es en parte la línea seguida por los Códigos Penales de Guerrero -art. 65- y Querétaro -art. 15- en México.

3. CRIMINALIZACION LEGAL : PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE

3. CRIMINALIZACION LEGAL: PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE

Es oportuno iniciar el análisis con una cita de Ryuichi Hirano: "al encontrarnos con algún nuevo y desastroso fenómeno ecológico, sufrimos un "shock" y corremos hacia la legislación penal tratando de evitarlo y corregirlo. Tendemos a pensar que el problema está resuelto una vez que tenemos la ley penal a nuestro alcance. Desde luego el Derecho Penal juega un papel importante en la protección del medio ambiente... pero su tarea es limitada... y se desarrolla, principalmente, en combinación con regulaciones administrativas..." (449).

Los cambios constantes, el ir y venir de la sociedad en materia económica, sociológica, política, hacen que un acto tenido como normal, como común, se transforme en criminal, legitimándose así su inclusión en el Código Penal. No es lo mejor porque lo mejor no siempre es el Derecho Penal, no es lo único para evitar los daños al ambiente, ni es siempre eficaz. Gimbernat Ordeig destaca que en el campo ambiental, la protección penal "ni es la única que puede dispensar el Estado, ni es siempre la más eficaz..." (450). Sin embargo, y a pesar de todo el mantenimiento y cuidado de los medios naturales de vida para el hombre constituye una tarea de primer rango a nivel mundial que da origen a una

(449) HIRANO, Ryuichi, The Criminal Law Protection of the Environment, General Reports 10th International Congress of Comparative Law, Budapest, 23-29, August, Budapest, 1981, pág. 935. Citado por VERCHER NOGUERA, Antonio, Comentarios al delito ecológico, Breve estudio de Derecho comparado entre España y los Estados Unidos, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986, pág. 86.

(450) Citado por Alzaga, Oscar, La Constitución Española de 1978, Madrid, Ediciones del Foro, pág. 326.

nueva forma de criminalidad y, por consiguiente, un Derecho Penal para la protección del medio ambiente, de difícil aplicación pues los sujetos activos son básicamente grupos privilegiados y poderosos de la sociedad, cuyas actividades económicas llegan a deteriorar el ambiente contra los cuales el ciudadano queda totalmente desprotegido y, al mismo tiempo, paradójicamente, también contribuye a ese deterioro, de tal suerte que todos los grupos sociales e intereses son los que de una manera u otra están afectados por la problemática o comprendidos dentro de la misma.

Hoy día la protección del medio ambiente constituye para el Estado un deber socio-político sustancial (451). El dañado ambiente en el que vivimos legitima la intervención penal (452), sin embargo, el Derecho Penal sólo ha de tener una actuación secundaria cuando medidas civiles o administrativas fracasan. Ello refuerza el carácter de "ultima ratio", en que la sanción penal es aplicada como último recurso, con un uso restrictivo, derivado de la unidad del ordenamiento jurídico. Es una intervención limitada ya que antes de recurrir a ella deben cumplirse una serie de presupuestos y, sin ser el Derecho Penal la panacea que resuelve los problemas ambientales, es realista, porque crea una sanción contra los daños al ambiente en un moderno desarrollo.

(451) Werner Ruther afirma que esto puede verificarse en todos los programas y especialmente en aquellos de campaña electiva de todos los partidos, en WERNER, Ruther, "Génesis de la Norma Penal para la Protección al medio ambiente" en Cuadernos de Política Criminal, No. 25, Madrid, Instituto Universitario de Criminología, EDESA, 1985, pág. 48.

(452) Aunque ello no es obstáculo -como señala Vercher Noguera- para que cada cual cobre conciencia social y a través de su grano de arena se mitigue en lo posible esta lamentable situación sobre la degradación ecológica, en VERCHER NOGUERA, "Comentarios al delito ecológico", Ob. Cit. pág. 17.

3.1. LA NECESIDAD DE PROTEGER PENALMENTE EL AMBIENTE.

En materia ambiental puede observarse el costo político, económico y social que debe afrontar el Estado para la protección del ambiente de sus ciudadanos y es la sofisticación tecnológica que utiliza el subsistema económico que obliga al diseño de nuevas fórmulas jurídicas para encontrar un balance entre el ejercicio de los intereses del Estado, los bienes del individuo y la preservación y mantenimiento del ambiente y el Derecho Penal debe colaborar en esta tarea. Pero, ¿hasta qué punto debe llegar esta colaboración?. Cuando se habla de daños al ambiente o de riesgos a los que se haya expuesto, es inocultable la insuficiencia de la norma administrativa creada también para la protección del medio ambiente. He ahí la razón de la pregunta inicial.

Una delimitación del bien jurídico se hace necesaria. Una atenta mirada a la realidad social muestra una inagotable fuente de peligros y daños ambientales que han incidido en la calidad de vida. ¿Qué pasa, normativamente hablando, cuando una ciudad queda cubierta por una espesa nube tóxica y el peligro de intoxicaciones es latente?.

Un sinnúmero de industrias (inclusive hospitales) arrojan a diario sus desechos tóxicos especialmente en el drenaje común de la ciudad, en barrancas y cerros a falta de depósitos especiales para el material tóxico. Sin duda que es problema de infraestructura, pero también de normas que obliguen a enfrentar el costo económico a quienes, dada su actividad, la requieren. Sobre todo la industria química y metalúrgica son particularmente agresivas al ambiente cuando sus procesos están atrasados tecnológicamente y sus equipos de control de emisiones son de

uso limitado y deficiente. Y si, a pesar de eso, son autorizadas o actúan antirreglamentariamente, el problema ingresa a la normatividad no sólo administrativa sino también penal.

La contaminación en ciudades, se sabe, no es el único problema ambiental. Los incendios forestales afectan zonas boscosas y es grave darse cuenta que la mayoría de ellos son causados intencionalmente por agricultores y piromaníacos (453) y, qué decir de la tala inmoderada de árboles, que muchas ocasiones se lleva a cabo con el acuerdo de autoridades que propician tal deforestación. Lo grave es que la pérdida de la vegetación trae como resultado la modificación y alteración de la distribución y abundancia de la flora y fauna. El no cuidado del suelo causa una modificación severa del ciclo hidrológico, de allí que sea necesario establecer el control de los procesos de explotación de los bosques para garantizar la recuperación del suelo y la reforestación de las zonas sujetas a ese aprovechamiento. Por supuesto que en esto tiene mucho que ver la autoridad facultada para otorgar permisos de aprovechamiento forestal, con lo que, quizá deba afirmarse, que la crisis ambiental es, en buena parte, producto acumulado de acuerdos e irresponsabilidades oficiales. Muchas, muchas conductas contra el ambiente que requieren ubicación y clasificación por la diversidad de sectores que lo componen y, que lo hacen ser, un interés de índole colectiva (agua, aire, suelo, flora, fauna, gea).

Cuando fallan los mecanismos no penales (administrativos) en su

(453) Periódico El Universal, México D.F., 10 de abril de 1992, Sec. Estados, pág. 2.

intento por frenar la antisocialidad, se hace necesaria la intervención penal. Intervención que sólo puede ser secundaria, penalizando el incumplimiento de normas y la mala actuación administrativa. Sin duda un campo que le es ajeno, por lo que no ha de tratar de penalizar todo el derecho administrativo ambiental, sólo el incumplimiento de obligaciones de ese sector jurídico que tiene mayor gravedad. El bien jurídico ambiente se protege con el derecho administrativo y sólo de manera secundaria con el derecho penal que reacciona frente a un ilícito administrativo por lo que tiene de inevitable como infracción a la norma de este tipo, pero que adquiere relevancia porque lesiona o pone en peligro un interés indispensable para la vida en sociedad y, si la tipificación de comportamientos contra el ambiente pretende ser justa y eficaz, no tiene más remedio que inscribirse en un marco de realidades extrapenales (454).

La intervención penal no busca la disminución de la actividad económica como medida eficiente, puesto que el propósito vital es no dañar o exponer al ambiente, pero de ninguna manera dejar de producir. El Derecho Penal no tiene el monopolio en la tutela del ambiente.

3.1.1. Etiología Ambiental.

El "solemne deber de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras" de la Declaración de Estocolmo de

(454) Vid. Rodríguez Ramos, Luis, "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España" en Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, España, 1984, pág. 311.

1972, hoy, a veinte años de distancia, parece más utopía que realidad. Lo confirman las afirmaciones hechas en Río de Janeiro por el Secretario General de Naciones Unidas: "La Tierra está enferma de subdesarrollo y enferma de desarrollo excesivo ... ni los países industrializados, con su estilo de vida ecológicamente irracional, ni los del mundo en desarrollo, que se ven obligados a sacrificar el porvenir para asegurar una vida cotidiana precaria en el presente, respetan el espíritu del desarrollo sostenible ..." (455). En la Cumbre de la Tierra convocada por la ONU (junio de 1992) para el posible control de los problemas ambientales se hicieron todo tipo de declaraciones que advierten desde el descontrolado crecimiento demográfico como causa de la degradación ambiental, hasta la propuesta -abierta a firma- de una Convención sobre biodiversidad para proteger las especies animales y vegetales del planeta y transferir recursos tecnológicos y financieros del primero hacia el tercer mundo. El tratado comprometería a los países ricos a repartir las regalías provenientes de productos obtenidos a partir de selvas tropicales y otros ecosistemas ricos en especie, con las naciones en que se encuentren esos sistemas. También obligaría a las naciones a elaborar estrategias para proteger sus recursos naturales y considera ayuda industrializada para solventar las medidas conservacionistas en el tercer mundo.

Propuestas a considerar como formas de concientizarnos en la problemática ambiental. Por eso en este análisis se busca proteger el ambiente en las legislaciones nacionales, y no precisamente las

(455) Periódico El Universal, México D.F., 4 de junio de 1992, "Azotes del Planeta, el subdesarrollo y el superdesarrollo", Primera Sección, pág. 1.

administrativas, sino la jurídico penal.

La escasez de recursos naturales, el consumismo, la elevación del nivel de vida, el uso de la tecnología, la migración de población a los centros industriales de abasto y de trabajo que ha generado crecimiento *desmesurado de las ciudades con la consecuente demanda de servicios*, transportes, alimentos, establecimiento de pequeñas y medianas industrias, en suma, más servicios, más vehículos, más actividad industrial y más consumo de combustibles. Todo ella ha degenerado en escasez de bienes (agua, aire). Todo ello ha sido el resultado de agresiones acumuladas que, inclusive algunas de ellas por sí solas no producen gran cosa, pero en conjunto pueden producir daños ambientales impredecibles.

La falta de educación ambiental de particulares, funcionarios públicos y otros servidores, de personas jurídicas, la ausencia de conocimiento, la falta de sensibilidad sobre lo que nos espera de un ambiente dañado, el ánimo desmedido de lucro, la inercia de una situación anterior, por el elevado costo de las medidas correctoras, el azar, la *imprudencia*, la negligencia, y la omisión de personas jurídicas y funcionarios públicos (456), ha contribuido a que el problema adquiera cada día mayor dimensión.

Lo anterior revela la necesidad de cuestionar la legislación penal ambiental considerando que hay comportamientos aún no incluidos en ese

(456) Como cuando son informados los funcionarios públicos sobre las condiciones de peligrosidad de un lugar (fábrica o cualquier otra actividad) generadas por la realización de actividades clandestinas llevadas a cabo sin autorización o autorizadas indebidamente y, sin embargo hacen caso omiso de tal información.

ámbito.

Un conocimiento del problema y sus causas es antecedente inmediato de toda actividad criminalizadora. Las fórmulas legislativo penales sólo han de implementarse si hay conocimiento y coordinación con las leyes administrativas, y sólo han de surgir siempre y cuando se hayan implementado acciones previas contra todo atentado al medio ambiente.

Dentro de la política de prevención no penal se ha de contar con: educación ambiental, investigación ambiental, medidas de estímulo como asistencia financiera e incentivos en los impuestos, actividades de policía administrativa como controles previos, autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc.. En general toda acción previa al atentado contra el ambiente útil para evitarlo como lo serían estudios de impacto ambiental públicos y privados (457).

El derecho penal sólo ha de intervenir en los casos más graves, pues su función accesoria sólo es para reforzar la prevención directa que no es de índole represivo penal, es decir, sólo le compete la sobreprotección de la administración pública.

(457) Como las que le ha sugerido a México JICA (Agencia de Cooperación Internacional de Japón) entre ellas: asistencia financiera e incentivos en los impuestos que indirectamente promueven la inversión que se hace para controlar la contaminación. Periódico El Universal, México D.F., 22 de abril de 1992, primera sección, pág. 1.

3.2. LIMITES EN LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE.

En un Estado Social y Democrático de Derecho los poderes públicos quedan sujetos a la Constitución de donde emana todo el ordenamiento jurídico.

La protección ambiental es hoy para el mundo entero de gran importancia ya que allí reside la seguridad de vida en el futuro, tanto que se puede hablar de un derecho al medio ambiente en el plano jurídico y su orientación varía. Ciertamente hay textos relativos a la protección del medio ambiente que se refieren a la tutela del agua, de los bosques, del aire, de la flora y la fauna en función de la conservación de la salud pública, pero también hay una preocupación latente en la preservación del ambiente en cuanto que bien social cuya protección es un interés público. Por eso toda legislación punitiva ambiental debe erigirse bajo principios fundamentales a fin de darle unidad.

La legislación ambiental en un Estado Social y Democrático de Derecho se rige bajo pautas constitucionales. Así, la Constitución Española (art. 45, inciso 1) enuncia directamente el principio de que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente. Derecho que debe ser protegido por los instrumentos tanto nacionales como internacionales.

Art. 45 C.E.: "1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la

indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado."

La Constitución española figura entre aquellas Constituciones proclamadas con posterioridad a 1972, año en que se adopta la Declaración de Estocolmo sobre el ambiente humano, resultado de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente. En esa Declaración se recoge el vínculo entre derechos y deberes. El solemne deber de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, deber que es la contrapartida del derecho al medio ambiente. Un equilibrio entre derechos y deberes del hombre enunciado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945. Este vínculo se encuentra en textos de derecho interno. La Constitución Española es uno de esos textos y es el número tres del artículo 45 que contiene el mandato imperativo para que el legislador elabore la normativa ambiental segura y eficaz.

Tal labor requiere un marco o si se prefiere un límite de actuación. Los límites que existen en el Estado de Derecho a saber:

1o. Principio de legalidad.

El art. 25,1 C E en complemento con el 81, 1 C.E. dan contenido al Principio de Legalidad, principio eje del más represivo de todos los derechos, el derecho penal. Límite formal en cuanto a garantías de libertad criminal y jurisdiccional. Impidiendo que el Estado se convierta en un Leviatán que tiene bajo su poder absoluto al individuo y límite material en cuanto que su finalidad de seguridad y certeza jurídica limita el contenido y alcance de la represión penal a nivel legislativo judicial y ejecutivo.

2. Rango de Ley Orgánica.

La legislación ambiental debe estar inserta en una política de Estado y a decir de Rodríguez Ramos, una Ley Orgánica, (art. 81 C.E.) al afectar los derechos fundamentales o las libertades públicas de la persona, bien como límite establecido por la prohibición del precepto, bien por el contenido de la pena que genera la infracción de tales preceptos, bien por el carácter estigmatizante del proceso y de las sanciones penales (458). Una ley ampliamente exigida al margen de concepciones partidistas.

3o. Principio de Intervención mínima.

En materia ambiental, el derecho penal también debe ser instrumentado cuando el intento no penal por detener las agresiones al ambiente ha fallado. En ningún otro sector como éste, el Derecho Penal,

(458) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, *Alternativas a la protección penal del ambiente*, C. P. C. Universidad Complutense, EDESA, Madrid, 1983, No. 19, pág. 135.

cumple una función accesorio, pues la actuación del poder público más que represiva es preventiva. Razón por la cual cobra prioritario papel la norma administrativa y es la Constitución Española que designa al ejecutivo para intervenir en la protección del ambiente.

Finalidad legislativo-penal: eficacia.

Al margen de los procedimientos gubernamental y parlamentario, se requiere eficacia y perfecta coordinación con las otras leyes relativas a la protección y restauración del medio ambiente, tanto desde perspectivas represivas como preventivas (art. 45 C.E.). La evitación de actividades de contaminación y utilización irracional de recursos naturales ha de ser el contenido del tipo legal acompañado de una conminación capaz de inhibir a los posibles infractores, pero también aplicable para ejercitar una acción penal (459), para legitimarse al comprobar la culpabilidad e imponer una punición. Esto implica una perfecta coordinación entre derecho penal y administrativo, pues en la medida que leyes y reglamentos administrativos proporcionen conceptos claros, acerca de los atentados contra el ambiente, reforzados con procedimientos de medida y criterios de valoración oficiales y confiables, habrá eficacia.

3.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Antes de la Reforma de 1983 no existía en el Código Penal un

(459) En Derecho Español el ejercicio de la acción penal se garantiza por la existencia de acción popular prevista en el art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

precepto que de modo directo protegiera el ambiente, sólo de modo indirecto y así existían tres categorías:

a) Figuras delictivas relativas a conductas que preparan o puedan ocasionar contaminación del ambiente, como las previstas en los arts. 341 y 342 del Código Penal (elaboración o expedición de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos).

b) Figuras referidas a actos contaminadores o de expansión de contaminación (delitos y faltas contra la salud).

c) Figuras que contienen resultados que pueden ser consecuencias punibles de la contaminación (lesiones, muerte, daños).

El Proyecto de 1980 constituye el antecedente del actual 347 BIS y de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983. Así, ubicados en la parte especial, en los "delitos contra la salud pública", los arts. 323, 324 y 325 surgieron como Anteproyecto para sancionar penalmente los atentados al ambiente. El art. 323 castigaba a los que, en la explotación de una industria y con infracción de las normas reglamentarias, provoquen emanaciones en la atmósfera o viertan en los ríos, aguas interiores o territoriales, sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas, a los animales, bosques o plantas útiles, añadiendo cualificaciones agravatorias,

El art. 324 castigaba a los funcionarios y facultativos que dolosamente hubieran informado favorablemente el proyecto, hubieran concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubiesen silenciado la infracción de las normas reglamentarias.

El art. 325 sancionaba a los que establecieran depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos, clandestinos o sin cumplir las condiciones establecidas.

La propuesta de Anteproyecto de 1983, resultado del enriquecimiento doctrinario dejado por el debate de 1980, da una nueva configuración a la protección penal del ambiente, otorgándole autonomía y tutela directa y "no en función del mantenimiento de la salud pública", dedicándole un capítulo específico inmediatamente a continuación de los delitos contra la Ordenación del territorio, con los que forman un único título. Su contenido es el siguiente:

Artículo 310

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación para profesión u oficio hasta tres años los que, en la explotación de una industria o en el ejercicio de otra actividad y con la infracción de normas reglamentarias, provoquen emanaciones en la atmósfera o viertan en los ríos, aguas interiores o territoriales sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas, a la vida animal, bosques, espacios naturales, o plantaciones útiles. Si la industria funcionare clandestinamente o sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, se impondrán las penas superiores en grado.
2. Si los actos anteriormente previstos fueren realizados en poblaciones o en sus inmediaciones o afectaren a las aguas destinadas al consumo público, se impondrá además la multa de doce a veinticuatro meses, pudiendo el Tribunal elevar en un grado las señaladas en el párrafo precedente. Si el daño

alcanzare caracteres catastróficos, se impondrán las penas superiores en grado.

3. En todos los casos previstos en este artículo el Tribunal podrá acordar la clausura temporal o definitiva del establecimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 138.

Art. 312.

Serán castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o de multa de doce a veinticuatro meses o con ambas penas según la gravedad del riesgo causado, quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las precripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito.

Art. 313.

Quien en un espacio natural protegido dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de doce a veinticuatro meses.

Art. 324.

Los hechos previstos en los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave.

3.4. LA REFORMA PARCIAL Y URGENTE DE 1983. ART. 347 BIS

CPE.

La protección penal tiene un carácter de "ultima ratio" por lo que no debe ser usada como primer recurso allí donde se pueden emplear otros menos drásticos: "la amenaza de una sanción penal sólo tiende a reforzar el cumplimiento de las normas administrativas que imponen deberes y obligan a determinadas omisiones" (460).

El espíritu plasmado en 1978 en el sentido de que la protección del ambiente tiene rango constitucional -art. 45- motivó que en 1980, concretamente en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, se creara un articulado que protegía el bien jurídico del ambiente (461).

La imposibilidad de elaborar un nuevo Código Penal que Conde Pumpido ve como "dificultades de tramitación legislativa y retraso previsible" como consecuencia del nuevo debate que con seguridad iba a traer consigo la reelaboración del Proyecto de 1980 (462) orientaron la creación de una rápida reforma del Código vigente. Así, en 1983, (L.O. 25

(460) Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1983, pág. 437.

(461) Incluido entre los delitos contra la salud pública y contra la seguridad colectiva. Es oportuno mencionar que fue duramente criticado pues se afirmó que no se hacía referencia alguna al ambiente, es más que éste no se protegía, de allí que se le tachó de anticonstitucional por omisión. Como ejemplo baste la crítica de la Coalición Democrática basada en que el bien jurídico protegido no fuera el ambiente sino la salud pública, que no se hiciera referencia a otras normas penales, de igual forma la falta de incriminación a la versión culposa, el empleo de inadecuada terminología y la desconexión entre medio ambiente, utilización de recursos naturales y calidad de vida.

(462) PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, El Delito Ecológico, "Introducción al delito ecológico", Ed. Trotta, S.A., Madrid, 1992, pág. 34.

de junio de 1983), junto con una referencia directa al ambiente, surge el actual 347 bis (463).

Art. 347 bis Código Penal Español: Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175,000 a 5,000,000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiera aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

(463) Para un análisis completo del art. 347 Bis C. P. E. consúltase RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Código Penal Comentado, Madrid, Ed. AKAL, 1990, págs. 648 y ss.

Ubicado en el Código Penal, en la sección segunda, Capítulo II, título V, "De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general", Libro II, bajo el epígrafe de "Delitos contra la salud pública y el medio ambiente", e introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

a) TIPO BASICO.

El art. 347 Bis contiene un tipo básico en el párrafo primero, con una conducta típica, una necesaria infracción administrativa y un peligro concreto. Así la conducta tiene tres elementos:

- provocar o realizar directa o indirectamente,
- emisiones o vertidos de cualquier clase,
- en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas (464).

La infracción administrativa es el núcleo esencial del injusto y, de no existir, la conducta será atípica.

Finalmente, "poner en peligro grave la salud de las personas o que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles "es una figura de peligro concreto . La expresión "grave" que propicia un amplio margen de arbitrio en la valoración de la conducta, es un elemento esencial que diferencia el tipo penal de la infracción administrativa. La práctica inexistencia de

(464) Vid. PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, El Delito Ecológico, "Introducción al delito ecológico", Ed. Trotta, S. A., Madrid, 1992, pág. 34; también véase Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, de fecha 30 de noviembre de 1990, en Sala constituida por José Augusto De Vega Ruiz y José Antonio Martín Pallín (ponente).

jurisprudencia sobre este tipo delictivo, *impide por ahora precisar el alcance de estos términos, más allá de su significación gramatical* (465).

b) TIPOS AGRAVADOS.

Son dos:

- Conductas clandestinas de desobediencia u obstaculizadoras de industrias.
- Riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

Como se observa en el primer tipo de conducta agravada, sólo puede ser sujeto activo: la Industria.

c) MEDIDAS ADMINISTRATIVAS.

Son la clausura temporal o definitiva del establecimiento, y sólo como medida de seguridad potestativa (466).

d) OBJECIONES AL ART. 347 BIS.

El art. 347 bis es limitado en su ámbito de aplicación pues olvida la *lucha contra el despilfarro incontrolado y masivo de los recursos naturales* (467).

(465) Ibidem, pág. 35.

(466) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Código Penal Comentado, Ob. Cit. pág. 655.

(467) Vid. MATEOS RODRIGUEZ - ARIAS, Antonio, Derecho Penal y Protector del medio ambiente, Madrid, Ed. COLEX, 1992, pág. 274.

El art. 347 bis no le otorga autonomía al bien jurídico ambiente pues la protección gira en torno al peligro que puede representar para otros bienes jurídicos tradicionalmente protegidos, las emisiones o vertidos contaminantes. No contiene una protección directa de los valores básicos ambientales porque el ambiente no surge como un bien jurídico nuevo y diverso ya que, sólo cuando hay un peligro concreto para otros bienes, es que hay delito ambiental. Además se olvida que este nuevo bien, no sólo es afectado por la contaminación, pues el ámbito de aplicación debe abarcar también el despilfarro incontrolado y masivo de los recursos naturales, por lo que no se observa el contenido del art. 45 C.E. Realmente el legislador español ha incurrido en una anticonstitucionalidad por omisión.

Por otra parte, limitarse a agravar sólo la conducta de la industria es olvidar que otros sectores también dañan el ambiente.

Se olvida esta protección de contemplar la responsabilidad de aquellos funcionarios públicos y agentes que indebidamente autorizan la realización de actividades contaminadoras y potencialmente dañinas al medio ambiente o que no se oponen a su funcionalidad (acciones u omisiones). Como también se olvida de la responsabilidad penal de personas jurídicas -no sólo industrias- admitiéndola para sus

representantes, reforzándose con medidas civiles y administrativas (468).

Sin duda un precepto cuyo problema básico es no darle autonomía al ambiente pues el criterio que domina es el de la protección directa de la propiedad y el riesgo para la vida humana.

Sin embargo, hay algo interesante. Una especial consideración del ambiente en la reforma del Código Penal de Ley Orgánica 7/87, de 11 de diciembre, que cambia el delito de incendio (incluido entre los delitos contra la propiedad, capítulo VIII, título XIII del Libro II del Código Penal) introduciendo criterios ambientales en una sección específica dedicada a los incendios forestales y a la gravedad del daño ambiental (erosión, clima, ecosistema) prevista en el art. 553 bis, b, cuando el incendio "altere significativamente las condiciones de vida animal" o cuando se causen graves efectos erosivos". Todo ello refleja que se opera un cambio en la orientación legislativa que se traduce en una especial consideración a la

(468) Al respecto Mateos Rodríguez - Arias, indica que esta ausencia se puede suplir acudiendo a los preceptos generales del Código Penal para dar tratamiento jurídico al caso de este funcionario público, tratamiento que dependerá del tipo de intervención que haya tenido. Así, presenta las soluciones a adoptar según las diversas alternativas:

1o. Cuando abusando de su condición conceda autorización, licencia o no informe a la Administración de aquellas actividades que infringen normas ambientales, se le considerará autor del art. 14 o cómplice del art. 16 del Código Penal Español, siendo posible la agravante de prevalimiento de carácter público (art. 10,10 del C.P.E.) y la posibilidad de concurso de delitos (cohecho, fraude, tráfico de influencias); 2o. Cuando, imprudentemente, facilite la comisión del delito (Vgr. concediendo erróneamente una autorización) lo tendrá como autor de prevaricación (art. 358, C.P.E.); 3o. Cuando omita voluntariamente tareas de comprobación y control. En este caso Rodríguez - Arias analiza la posibilidad de atribuirle una posición de garante. Vid. MATEOS RODRIGUEZ - ARIAS, Antonio, Ob. Cit. pág. 254.

autonomía del ambiente. Se menciona esto porque, aunque es posterior, complementa de alguna forma la actual regulación ambiental.

Siguiendo con el art. 347 bis:

Para algunos ha resultado insatisfactorio (469). Se argumenta la ausencia de la correspondiente Ley General protectora del ambiente que defina el objeto protegido y medidas técnicas y jurídicas adecuadas, lo que hace que sea un texto de dudosa eficacia, ya Vercher Noguera lo contempló: "... la posibilidad latente de que el artículo 347 bis del Código Penal, regulador del delito ambiental adopte la ruta de la ineffectividad e inaplicación" (470). También se argumenta en su contra que no hace referencia a la utilización racional de los recursos naturales prevista por el art. 45. de la Constitución y que no define realmente el bien tutelado a pesar de que da un trato unificado a todos los fenómenos contaminantes (471).

También se le cuestiona que está lejos de ser un tipo básico ya que cae en la vaguedad e indeterminación de conductas por emplearse la ley penal en blanco, de la que se afirma tener una constitucionalidad dudosa y

(469) Vid. Muñoz Conde: Derecho Penal, Parte Especial, Sevilla, 1983, págs. 435 y ss; J. M. Peris Riera: Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1984, págs. 19 y ss.; J. M. Rodríguez Devesa: Derecho Penal español, Parte Especial, págs. 1047 y ss.; A. Villa Gómez, El Delito Ecológico, La Ley, 27 de abril de 1984, págs. 1 y ss.

(470) VERCHER NOGUERA, Antonio. Comentarios al delito ecológico. Ob. Cit. pág. 17.

(471) Vid. TIEDEMAN menciona que no se protege la calma y que el concepto de emisión es indeterminado y puede dejar fuera factores contaminantes Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente, en Documentación Jurídica, Nos 37-40, vol, 2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1983, pág. 917.

poco aconsejable en Derecho Penal (472). Pero al mismo tiempo es defendida esta remisión a leyes penales en blanco como único recurso para proteger el medio ambiente desde leyes penales, precisamente si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídicas, argumentando que es coherente con el carácter del derecho administrativo en que se protegen bienes jurídicos a través del reforzamiento de la normativa y de las autoridades y funcionarios administrativos, ya que la ley penal tiene un papel secundario e indirecto (473).

Se argumenta en contra de este artículo el empleo de términos imprecisos: emisiones o vertidos (474), aguas terrestres o marítimas, peligro grave, perjudicar gravemente condiciones de la vida animal, bosques etc. (475).

Se cuestiona, además, que hay mayor protección para la vida animal que para el ser humano. Es elocuente De la Cuesta Arzamendi cuando dice: "mientras que para la salud de las personas el desvalor de

(472) En este sentido De la Cuesta Arzamendi. Ob. Cit. pág. 917; J. M. Peris Riera, Ob. Cit. pág. 45; M. Cobo del Rosal y J. Boix Reig Garantías constitucionales del derecho sancionador; Se afirma que en Derecho Español la primera modalidad de ataque a la reserva absoluta se perfila en las leyes penales en blanco.

(473) En este sentido Rodríguez Ramos, Luis, Delitos contra el medio ambiente, en la Reforma del Código Penal de 1983. Comentarios a la legislación penal, EDESA, Madrid, 1985, pág. 833; J. Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, T. I, 2a. ed., Madrid, 1981, pág. 184.

(474) Cuando se habla de emisiones o vertidos se reduce el delito ambiental sólo a la contaminación (siempre y cuando supere los niveles permitidos y alcance los prohibidos por las leyes y reglamentos ambientales).

(475) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente, Ob. Cit. pág. 205.

resultado requiere un peligro concreto, basta la aptitud para la producción de un daño a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles para rellenar el tipo y hacerse acreedor a las mismas penas" (476).

Se argumenta en contra de la inclusión, como medida, de la clausura temporal o definitiva del establecimiento, porque ésta ya estará dispuesta previamente por la autoridad administrativa y, si ahora se ve como consecuencia penal, es contradictorio que la autoridad penal la establezca también después de un largo proceso penal, además de sus repercusiones en la vida de los trabajadores quienes pierden su fuente de trabajo.

Se observa un rechazo a la reforma, ya Rodríguez Devesa lo define así: "no se hubiera hecho mejor si deliberadamente, se hubiera buscado la más absoluta ineficacia" (477).

Se habla de ausencia de novedades o actualizaciones de las Leyes Especiales y de otros preceptos del Código Penal con única referencia a la contaminación, olvidando la explotación irracional de recursos naturales. Además es cuestionable que la cualificación se refiera sólo a la industria, cuando las actividades agrícolas, ganaderas u otras, puedan causar daños tan o más graves que las industriales (478).

En cambio en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de

(476) Ibidem, pág. 223.

(477) RODRIGUEZ DEVESA, J. M., Derecho Penal Español, 9a. ed. 1983, pág. 1053.

(478) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Código Penal Comentado, Ob. Cit. pág. 654.

1983 se optó por ubicar los delitos contra el ambiente en el Código Penal y no en una Ley General protectora del mismo (479). Además:

Se destaca el hecho de que se ubique estas figuras bajo el rubro "delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" (480).

Se introduce la imprudencia grave, se añade un artículo sobre responsabilidad de los funcionarios, se elevan las penas, así prisión hasta cuatro años e inhabilitaciones para el desempeño de cargos públicos de hasta 12 años.

Se separa el régimen de las emanaciones en la atmósfera y agua, de los depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos o industriales.

Se omiten cualificaciones relativas a la desobediencia a órdenes expresas de la administración y a la aportación de información falsa.

Se elabora un tipo específico para los espacios naturales protegidos.

Se cuestiona lo siguiente:

- a) Olvido de importantes fenómenos contaminantes como la energía nuclear, ruido, vibraciones, plaguicidas y microtoxinas.
- b) Se cuestiona la técnica de los tipos penales en blanco que supone

(479) Seguido esto doctrinariamente de comentarios a favor o en contra.

(480) Tal como lo solicitaron los diputados socialistas en el Congreso respecto del PLOCP de 1980 y que por otra parte también suscita cuestionamiento doctrinario.

la continua exigencia de infracción de las normas reglamentarias.

3.5. EL AMBIENTE.

La Comisión Económica para Europa declaró el Medio Ambiente Activo como "un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible y con los que el hombre, en cuanto punto focal y dominante, ha establecido relaciones directas" (481).

Para Tulio Chiossone, Ambiente es: "conjunto apto para la vida, que es precisamente lo que es necesario proteger jurídicamente, no ya como un bien individual, sino como una necesidad colectiva para realizar armónicamente las funciones vitales, o sea, no sólo el vivir, sino el buen vivir" (482). Triffterer: "todo aquello que de una manera positiva o negativa puede influir sobre la existencia humana digna o en una mayor o menor calidad de vida (483). Peris Riera: "mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna, la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales (484).

(481) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente, Ob. Cit. pág. 880.

(482) CHIOSSONE, Tulio, Delitos contra la naturaleza y el ambiente, (Delitos ecológicos en Venezuela), Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pág. 69.

(483) TRIFFTERER citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, Delitos contra el medio ambiente, Universidad de Valencia, España, 1984, pág. 27.

(484) Se refiere al sistema en el cual organismos vivos y abióticos

Rodríguez Ramos resalta la función del bien jurídico "ambiente" de garantizar o restaurar las condiciones básicas necesarias para el mantenimiento y desarrollo de la vida en general y de la humana en particular: "... pero sin ser la vida, la salud pública o individual, la cultura, la riqueza nacional, porque es un bien de superior nivel de abstracción formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales antes descritos, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en interrelación existente entre todos ellos..." (485).

La protección jurídico penal del ambiente debe tener rango Constitucional, así se opta por un concepto de ambiente cuyo contenido es la relación hombre-medio. Considera en la naturaleza: el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y no olvida su explotación irracional. Los vertidos, las emisiones, residuos, las radiaciones y otras agresiones ambientales deben incluirse. De allí que se requiera resaltar lo siguiente según Enrique Bacigalupo (486):

- Conservación del suelo y la flora.
- Mantenimiento de la pureza de las aguas.

interactúan para producir un intercambio de materiales y de energía. PERIS RIERA, Jaime Miguel, Delitos contra el medio ambiente, Ob. Cit. pág. 28.

(485) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Delitos contra el ambiente", en La Reforma del Código Penal, Comentarios a la Legislación Penal, Madrid, EDESA, Tomo V, Vol 2o. 1985, pág. 830; en el mismo sentido véase: Código Penal Comentado, Madrid, Ed. AKAL, 1990, pág. 651.

(486) BACIGALUPO, Enrique, "La instrumentación técnico- legislativa de la protección penal del medio ambiente", Estudios Penales y Criminológicos V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pág. 201.

- Eliminación de basuras.
- Protección contra gases perjudiciales.
- Eliminación o reducción de los efectos de la radioactividad, desperdicios químicos, etc.
- Protección contra los ruidos.

No cabe duda que se trata de un interés colectivo. La protección penal del ambiente sólo es accesoria.

Esto se ha cuestionado cuando ya se han producido consecuencias biológicas y sociales nocivas, cuya compensación es casi irreparable. Según Martín Mateo: "... en el Derecho Ambiental. la coacción "a posteriori" resulta particularmente ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y también socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, o que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente" (487). No obstante con la pena pecuniaria se pretende conseguir una compensación por el daño causado y a su vez financiar el establecimiento de instalaciones que eviten otro problema ambiental.

La protección penal del ambiente debe mantener las propiedades del suelo, aire, agua, flora, fauna y hasta lucha contra el ruido.

(487) MARTÍN MATEO, Ramón, El ambiente como objeto del Derecho. Derecho y medio ambiente, Madrid, CEOTMA, 1981, pág. 27.

3.6. CRITERIOS GENERALES EN LA ELABORACION DE NORMAS JURIDICO PENALES PROTECTORAS DEL AMBIENTE.

3.6.1. Conceptualización del Bien Jurídico. Sectores que lo integran y agresiones ambientales.

¿Qué es el ambiente, como interés tutelado en la norma?

Indisolublemente ligado a la calidad de vida, el bien jurídico "AMBIENTE" ha sido definido de múltiples formas. Así, existen conceptualizaciones que lo definen a partir de las interrelaciones físicas, biológicas y culturales, que se dan entre el hombre y los otros seres vivientes con todos los elementos del medio, naturales, transformados o creados en un lugar y tiempo determinados. O conceptos que lo ven a partir de la utilidad de los servicios que ofrece al hombre, a saber, energía y recursos naturales, recursos culturales, artísticos, históricos y hasta arqueológicos y de hábitat (488) o conceptos que le quitan su autonomía al hacerlo aparecer como el resultado de la fusión de otros bienes protegidos desde siempre.

Crean estos conceptos indeterminación y olvidan que así, la protección penal se hace prácticamente inaplicable cuando la caracteriza tal amplitud y, que no se trata de reforzar la tutela de otros bienes, sino de crear dentro de límites precisos la efectiva tutela del ambiente.

En consecuencia el concepto de ambiente que se maneje debe ser el definido en la Constitución. Se puede iniciar el análisis a partir del art.

(488) Vid. CANTERERO BANDRES, Rocío, "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes" en El Delito Ecológico, Ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 72.

45 de la Constitución Española, previsto en el título I "De los derechos y deberes fundamentales", capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica" cuyo contenido es como sigue:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

La política social y económica ha de propiciar el ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y todos los sectores de la sociedad deben concientizarse para tratar de aprovechar los recursos naturales, así como plantear medidas tendientes a restaurarlo, conservarlo. Por eso la intervención penal que cumpla el Estado, como obligación atribuida constitucionalmente, no busca la disminución de la actividad económica, llevada a cabo dentro de cauces de legalidad, sino busca la disminución de aquella que discurra por cauces de ilegalidad porque el propósito vital es no dañar o exponer el ambiente. Por tanto, la protección del ambiente no puede constituir un freno al desarrollo económico, ya que el desarrollo

económico también es necesario para lograr la calidad de vida.

Ahora bien, existe consenso en reducir el bien jurídico exclusivamente al ambiente natural, que permite, fijar dentro de contornos nítidos los objetos de protección a que deben referirse los supuestos de hecho típicos individuales (489).

Dado el papel secundario o auxiliar del Derecho Penal limitado sólo a reforzar las acciones jurídicas previstas en el derecho administrativo, el contenido del bien jurídico está determinado por ese derecho administrativo. Afirma Herrmann que las disposiciones penales concernientes al ambiente serían difícilmente comprensibles si se las separara del contexto de las disposiciones técnicas y administrativas del que forman parte y en las que se apoyan en gran medida (490), y se refiere a todos los recursos naturales, sintetizables en la trílogía atmósfera, aguas y suelos, que incluye geo, fauna y flora (491) de tal forma que el sistema ecológico se mantenga sin sufrir alteraciones perjudiciales. Dado este ámbito material se convierte en pluriofensivo, lo que al mismo tiempo le da entidad propia y justifica su protección autónoma de otros bienes jurídicos tradicionalmente protegidos (vida humana, salud, daños).

(489) Vid. BACIGALUPO, Enrique, "La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente", Estudios Penales y criminológicos V, Universidad Santiago de Compostela, 1982, pág. 200; Vid. DE VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO, El delito ecológico, Ed. COLEX, Madrid, 1991, págs. 7 y ss.

(490) Vid. HERRMANN, Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L, "La Ley Alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en CPC, 1982, No. 18, pág. 652.

(491) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Presente y Futuro de la Protección penal del medio ambiente en España", Ob. Cit. pág. 305.

Consecuentemente el concepto de ambiente que se maneja en este análisis es: "Conjunto formado por todos los recursos naturales renovables, o no, interrelacionados con la gea, flora y fauna, en la atmósfera, suelo y aguas, del cual se busca una explotación como recurso económico y como recurso vital, evitando tanto cualquier tipo de acción, contaminante sobre él en cuanto receptor de residuos sólidos, líquidos o gaseosos y de radiaciones ionizantes, cuanto actividades extractivas o explotadoras excesivas" (492).

El ambiente es la base, la condición para que la existencia transcurra en un óptimo nivel. NO ES LA VIDA, NO ES LA SALUD, PERO ES LA CONDICION NECESARIA PARA QUE ESTAS PUEDAN DARSE. He allí su autonomía y su justificación jurídico penal como interés colectivo de alto valor. A este derecho corresponde el correlativo deber de los hombres y los Estados de no destruirlo, de tal suerte que las generaciones por venir puedan gozar la vida con un mínimo de calidad y al Estado le es dada esta responsabilidad (493).

Su configuración es pluralista y su determinación se torna difícil por los múltiples daños y peligros a los que se encuentra expuesto, por lo que es necesario ubicarlo dentro de una adecuada política ambiental y sectorizarlo.

Una adecuada política deberá tener como premisas: (494).

(492) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Alternativas a la protección penal del ambiente", Ob. Cit. pág. 138 y 139.

(493) Vid. CABRERA, Lucio, "El derecho de protección al ambiente en México", UNAM, México, 1981, pág. 97.

(494) Vid. ABAD PEREZ, José Javier, Las administraciones públicas, el control

- 1o. Actividad normativa administrativa.
- 2o. Actividad de protección, control y tutela ecológica.
- 3o. Actividad sancionadora y de represión (civil y penal).
- 4o. Planificación de las actividades económicas.

Esta es la Política ambiental que actúa primero con sus poderes ordenadores administrativos y luego con la potestad sancionatoria penal. Pero ¿a qué sectores debe dirigirse? El siguiente cuadro lo ilustra:

SECTORES

1) Áreas:

Atmósfera.

Aguas: continentales y marinas, superficiales y subterráneas.

Suelos.

Espacios naturales o zonas protegidas.

Fauna.

Flora.

2) Elementos contaminantes

Residuos: en general y tóxicos o peligrosos en particular.

Residuos y vibraciones.

Olores.

Radiaciones ionizantes y energía nuclear.

Fuego.

Hidrocarburos.

Materias peligrosas (explosivos, venenos, plaguicidas etc.)

Estos son los sectores que integran el Ambiente, que lo hacen múltiple y pluriofensivo, pero, que al mismo tiempo, le dan entidad propia que justifica la elaboración de tipos legales que, de manera directa protegen, describiendo los ataques que sufre o puede llegar a sufrir y que no tienen nada que ver con otros bienes ya protegidos desde siempre.

En este concepto no se incluye la ordenación del territorio y, aunque con muchos puntos de contacto, sin embargo, constituye una disciplina separada con diferente enfoque y estrategia (495). Tampoco se incluyen los aspectos culturales, históricos o artísticos, ya que la Constitución le da un tratamiento autónomo en el art. 46 (496).

Expuesto, como ha sido, en su concepto y sectores que lo abarcan, el ambiente sí incluye indudablemente la necesidad de protección penal de la "utilización racional de los recursos naturales" prevista en el art. 45 C. E.

La tipificación específica del art. 347 bis del CPE, redujo la protección penal sólo a las emisiones de residuos sólidos, líquidos o gaseosos que sufre el ambiente. Versión que de ninguna manera es la exigida constitucionalmente, por lo que esta protección penal se tiene, con

(495) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., Citado por PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, *El Delito Ecológico*, Ob. Cit. pág. 18.

(496) Vid. PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, *El Delito Ecológico*, Ob. Cit. pág. 18.

justa razón, como anticonstitucionalidad por omisión ya que no se cubren todos los sectores materiales configuradores del medio ambiente (497).

El ambiente, especialmente en España, tiene suficiente entidad otorgada por la propia Constitución para que, de manera directa, sean criminalizados los comportamientos que atenten cualquiera de sus sectores. Basten los siguientes ejemplos para entender la pluriofensividad al ambiente y el papel que juega el Estado al ejercitar el ius puniendi:

1o. Desección de aguas y explotación irracional de recursos naturales.

Cuando las desecaciones (aterramientos sobre superficies líquidas) de las masas acuáticas ocurren con la intervención del hombre, no sólo es pertinente la intervención del derecho penal, sino urgente y, aunque estas actividades no pongan en peligro la salud de las personas, sí lo hacen con la variedad de la fauna acuática. Alteración de ecosistema y de espacio natural ubicable en el concepto "vertido" (propio del actual 347 bis CPE y del art. 305 PANCP 1992). Tal y como la Fiscalía General del Estado Español lo resolvió con fecha 12 de enero de 1990: "que estos aterramientos eran equiparables a los vertidos de cualquier clase que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal o de espacios naturales" (498). A propósito del problema de La Albufera de Valencia, ecosistema universal en que los aterramientos han supuesto el

(497) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Presente y Futuro de la Protección Penal del medio ambiente en España", pág. 294; PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, Introducción al delito ecológico, Ob. Cit. pág. 18.

(498) CONTRIBUCION DEL MINISTERIO FISCAL A LA INVESTIGACION Y PERSECUCION DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado, Anuario de Derecho Penal Tomo XLIII, sep-dic 1990, pág. 985.

cubrimiento del Lago. En ella se han afectado especies únicas de la fauna acuática. Tales vertidos son ilegales al contravenir las normas administrativas correspondientes y con mayor razón cuando se realizan en zonas de protección ecológica.

2o. Contaminación de Aguas y Desechos.

El agua se convierte en receptora de fuertes elementos contaminantes. La intensidad de tal contaminación depende de muchas causas que arrojan los peritajes, cuyos resultados determinan la intervención o no del derecho penal.

La carencia de instalaciones depuradoras de parte de empresas o de particulares y la mala actuación de organismos públicos competentes, propician grave daño a este recurso natural al que van a dar desechos, inclusive peligrosos, porque las empresas o los municipios simplemente vierten sin prevención y sin sanción alguna de por medio: "El uso indiscriminado de productos químicos, aunado el depósito de grandes volúmenes de materiales de desecho, crea las condiciones potenciales de la contaminación ampliamente distribuida del agua subterránea" (499). Sin embargo, la fuente potencial más grande de contaminación del agua es el depósito de desperdicios sólidos y líquidos. En Estados Unidos, por ejemplo, el Organismo de Protección Ambiental (E.P.A.), estimó que existían 200,000 basureros que recibían 150,000,000 de toneladas al año de desechos sólidos municipales y 240,000,000 de toneladas por año de

(499) R. D. ARIZABALO Y G. DIAZ G., La contaminación del agua subterránea y su transporte en medios porosos, Cuaderno No. 6, Instituto de Geofísica, UNAM, 1991, pág. 31.

desechos industriales (500). Y si pensamos en desechos que contienen materiales radioactivos, como por ejemplo, el radio -226, cuya concentración en el agua para beber lo harían dañino para el consumo humano (501).

Así, los municipios que vierten en zonas húmedas por ejemplo, pueden quedar sujetos a control y procederse penalmente contra ellos. Por lo expuesto se coincide con la circular No. 1/1990 de 26 de septiembre que expresa: "por ello, y pudiendo ser sus vertidos tan perjudiciales como los de una empresa cualquiera, no debe descartarse la actuación penal contra las autoridades locales, si se aprecian situaciones abusivas" (502). Por eso los tipos legales protectores del ambiente no sólo han de tener como autores de vertidos a la industria sino también a las autoridades locales. De allí, que el tipo legal no deba dirigirse sólo a industrias o empresas, sino también al municipio.

3o. Atmósfera.

Complejos son los problemas que padece.

El efecto sinérgico (503), el fenómeno de la emisión y el de la inmisión (504), plantea dificultades como se indica en la circular 1/1990 de 26 de septiembre. Se puede medir la emisión, pero no la inmisión

(500) Ibidem, pág. 32.

(501) Ibidem, pág. 26.

(502) Contribución del Ministerio Fiscal a la Investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. pág. 986.

(503) Dos industrias vierten sustancias permitidas que al ponerse en contacto producen un efecto altamente negativo.

(504) Medida de presencia de un contaminante en una zona atmosférica concreta, efectuado sin plantearse cuál es su origen o vías de acceso a la misma.

por la dificultad de establecer una relación causa-efecto. (505).

Problema más severo es la radioactividad. Instalaciones complejas y de alta tecnología que requieren elevada seguridad de cuyo incumplimiento puede sobrevenir una peligrosidad insospechada. Se aconseja antes de una intervención penal, una efectiva prevención. Vale la reflexión: en el mundo se generan cientos de miles de toneladas de desechos que contienen materiales radioactivos entre los cuales el radio-226 (^{226}Ra), que tiene una vida media de 1620 años, es el que representa mayor peligro para el ambiente, por lo que es conveniente el estudio de los lugares de desechos desde el punto de vista hidrogeológico ya que las consecuencias pueden presentarse muchos años después de haberlos establecido en un lugar.

Por otra parte, no existen todavía evidencias de que esté sucediendo un cambio climático global y un calentamiento efectivo de la atmósfera, pero existen tendencias muy claras referentes al aumento dramático de las emisiones de bióxido de carbono a la atmósfera y de gases creadores del efecto invernadero. Estos gases aumentan cada día más en su concentración y al proyectarse en la atmósfera, podrían hacer que la temperatura global del planeta aumentara y se produjeran una serie de consecuencias en cuanto a posibles cambios en los patrones climáticos de la Tierra: "Zonas que ahora soy muy húmedas se podrían volver muy secas y viceversa, además de la consecuente extinción de numerosas especies y una serie de problemas que se generarían con el cambio

(505) Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. pág. 993.

climático" (506). Este es uno de los temas que se discuten en Naciones Unidas (Río de Janeiro, junio de 1992) y una de las razones para firmar un convenio para detener las emisiones de gases, que se da fundamentalmente a partir de la quema de combustibles como el petróleo.

Esto también va aparejado al problema de la deforestación mundial, que es el resultado de la destrucción de bosques y alteraciones en el suelo, lo que ha provocado que el carbono se vaya a la atmósfera.

4o. Ríos.

Los ríos son fácilmente receptores de desechos producidos por núcleos humanos. Son la víctima de la sociedad industrial, de los centros de población y de otras actividades igualmente dañinas.

Las empresas y los particulares han contribuido, sin que por ello se olvide los vertidos municipales de aguas residuales a los cauces sin la debida autorización de la Confederación Hidrográfica, ya que los vertidos y residuos municipales son tan perjudiciales como los de una empresa cualquiera. Por eso la intervención penal no sólo es para una empresa cualquiera o un particular, sino también debería ser aplicable a los municipios, tras una previa y exhaustiva investigación de autoridades administrativas competentes que justifique la vía penal. En la circular 1/1990 de 26 de septiembre se expresa: "una posible solución sería seleccionar uno o varios ríos de especiales características (recorrido breve, núcleos de población limitados, pocas industrias y de carácter

(506) JARAMILLO, Víctor, "La problemática del cambio climático global", en La Ecología al final del milenio, UNAM, México, junio de 1992.

altamente contaminante) en el que tras haber agotado la vía administrativa, se identificarán a través de las diligencias de investigación necesarias, las industrias contaminantes y personas y municipios" (507). A esta circular le hace falta incluir otras actividades además de la industria, que también contaminan y que son llevadas a cabo por personas jurídicas.

5o. Aguas Marítimas.

La realización de vertidos sin depurar acrecienta la contaminación en el mar. Las depuradoras de residuos o están ausentes o no funcionan como debe ser, todo por el enorme costo que su instalación y mantenimiento significa, entonces se acrecienta la clandestinidad y el consecuente daño ambiental.

6o. Vertederos.

La lentitud o la falta de escrúpulos de autoridades, particulares y personas jurídicas, ha dado como consecuencia vertederos que contaminan aguas por las filtraciones y que no sólo ponen en peligro la salud pública, sino la seguridad, ya que algunos de ellos no observan normas básicas sobre prevención de incendios, pues se encuentran en medio de zonas boscosas sin observar la distancia que establece en su art. 25 la Legislación de Incendios de 23 de diciembre de 1968, que es de 500 m. del arbolado. Una adecuada investigación que lleve a cabo el Ministerio Fiscal versará sobre su influencia perjudicial en el suelo, vegetación y fauna, la degradación del paisaje y en general lo dañino al

(507) Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. pág. 987.

ser humano y al ambiente.

7o. Contaminación del agua por actividades agrícolas.

La agricultura es una de las actividades de mayor influencia en aguas subterráneas y en el suelo. El empleo de fertilizantes y pesticidas, el abono y el riego con aguas tratadas, resulta en la degradación de la calidad de los acuíferos subterráneos. Gran parte de los fertilizantes son elaborados químicamente y aplicados año con año en una misma extensión, por lo que son acarreados hasta el flujo del agua subterránea disminuyendo su calidad pues las sales aumentan poco a poco y superan el límite permitido para el abastecimiento humano.

8o. Explotación Minera y degradación del suelo.

Las explotaciones mineras pueden producir vertidos y tales vertidos deben controlarse y autorizarse. La Ley concede a la administración los instrumentos de control necesarios a través de los cuales se puede garantizar un cierto grado de inocuidad de los vertidos (508). Las de extracción de componentes para materiales de construcción -actividad de gran auge- constituye una actividad molesta por sus vertidos residuales y porque en ella se emplean explosivos que luego se guardan en la zona de explotación o cerca de ella. Ni hay seguridad, ni se restaura el daño al suelo que éstas producen. Los vertidos son ubicables en el actual art. 347 Bis, pero el incumplimiento de la obligación de restaurar aún no. Respecto a esto último, administrativamente puede implementarse algo

(508) Vid. Contribución del Ministerio Fiscal a la Investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. pág. 990.

(fianza prevista en la ley catalana y nacional) pero el problema es qué hacer ante la reiterada negativa a restaurar. Parece razonable una intervención penal y, aunque la restauración de un área contaminada es muy costosa pues depende de sus propiedades geológicas y de las propiedades físicas o químicas del contaminante, no debe mantenerse impune su reiterado incumplimiento.

9o. Ruido.

La contaminación por ruido tiene escasa regulación administrativa (Reglamento de actividades molestas de 30 de noviembre de 1961, cuyo artículo 14 regula la instalación de motores y grupos electrógenos en comercios, edificios y locales públicos en general), y así en la circular 1/1990 de 26 de septiembre se establece: "Si consideramos que el art. 347 bis se está refiriendo a dos sistemas fundamentales, el del agua y el del aire, a través de los cuales pueden transmitirse agresiones de muy diversos tipos (químicos, radioactivos y evidentemente también sonoras) no debe descartarse en absoluto la aplicación del Derecho Penal cuando así lo aconseje la gravedad de la infracción" (509), no debe dejar de regularse de manera expresa en una legislación penal ambiental.

10o. Incendios forestales.

Una adecuada legislación penal ambiental debe incluir los incendios forestales (la vigente legislación penal española lo hace en los arts. 553 bis a), 553 bis b) y 553 bis c), y aunque los ubique en el rubro de la

(509) Contribución del Ministerio Fiscal a la Investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. pág. 995.

propiedad, lo hace valorando también perturbaciones ecológicas).

Su gravedad ha trascendido pues la desertización es evidente en zonas antes boscosas. Por la gravedad y frecuencia debe establecerse una sanción penal más adecuada, más elevada e implementar los mecanismos para aplicarla a quienes de manera dolosa o culposa los provocan. Pero sin duda la implementación de medidas preventivas debe incrementarse y contar con autoridades administrativas o, en todo caso, la intervención efectiva del Ministerio Fiscal y Policía Judicial.

11o. Explotación irracional de los recursos naturales: la tala irracional, el uso indebido de suelos.

La explotación irracional de recursos naturales puede deberse a un desconocimiento del recurso, al aprovechamiento deficiente y la falta de normas de protección. Por ejemplo, cuando se implementa un proceso de lavado para reducir la acidez de los suelos. Si no se tienen precauciones y estudios previos se corre el riesgo de obtener tierras inutilizables. O cuando se utilizan suelos como vertederos de basura o cuando se desconoce el funcionamiento ecológico de una zona boscosa que provoca fallas en su manejo. Así, es conveniente decidir a qué tipo de explotación se va a dedicar el área para no entrar en conflicto con utilidades. Por eso deben implementarse programas estatales destinados a proteger, únicamente una acción comprometida con la ecología, concertada con toda la población en un adecuado marco legal que para los atentados más graves recurra a la sanción penal.

12o. Furtivismo: la fauna y la flora.

La destrucción intencionada de especies de fauna y flora y sobre todo las que están en peligro de extinción es alarmante. Por ejemplo, la caza, no sólo destruye la vida animal pues cuando acude a medios como el incendio, causa desforestación (510). Por eso una adecuada legislación penal ambiental debe surgir en coordinación con las sanciones administrativas (cuidando que no sea más benigna una multa penal que una administrativa).

En cuanto a la fauna marina hay fallas en su aprovechamiento. Por ejemplo, a pesar de estar prohibido, se practican arrastres con mallas de luz pequeña, dañándose así la explotación futura y afectándose criaderos de los peces.

La falta de personal capacitado, la explotación de varias especies y un manejo inadecuado e insuficiente contribuye a la irregular explotación. En suma, hay una desvinculación entre el sector científico y los sectores público y social y una falta de legislación adecuada y de medios para implementarla.

(510) Un ejemplo lo constituyen las selvas de México -de la Huasteca, los Tuxtlas y Lacandona- que están siendo drásticamente desforestadas, calculándose que para el año 2000 se pierda 50% de su diversidad biológica. Las selvas húmedas están siendo alteradas, especialmente en época de sequía, a pesar de que se trate de reservas naturales o área protegida. Las selvas secas sufren el mismo problema, lo cual ocasiona el aumento en la acumulación de gases y la consecuente emisión de bióxido de carbono, que se genera a partir de la desforestación. Se calcula que son lanzados a la atmósfera cada año más de 28 millones de toneladas de gases de invernadero, de los cuales un 48% procede de las selvas húmedas y un 30% de las selvas secas. Rodolfo Dirzo del Centro de Ecología de la UNAM, México, Periódico El Universal, México, D.F. 7 de junio de 1992, Sección Cultural, pág. 1.

3.7. LA NORMA JURIDICO PENAL PROTECTORA DEL AMBIENTE.

Su contenido.

En materia ambiental la protección penal debe ser justa y eficaz, por eso los requisitos que debe reunir son:

3.7.1 Naturaleza auxiliar o secundaria.

De acuerdo al artículo 45 C. E. el concepto de ambiente es el mismo tanto para el derecho administrativo como para el derecho penal.

Existe consenso entre los autores en admitir el papel secundario o auxiliar que tiene el derecho penal en el sentido de limitarse a reforzar las acciones jurídicas previstas en el ordenamiento administrativo, por lo que cabe señalar con Rodríguez Ramos que "el legislador penal debe renunciar a una original labor de reinventar lo que es el medio ambiente, así como las modalidades de agresión al mismo, simplificando su papel a proporcionar una sanción penal adecuada a comportamientos descritos, básicamente en el sector administrativo del ordenamiento jurídico" (511).

Debe quedar claro que la normativa administrativa se ubica dentro de una Política Globalizadora Ambiental y que, por un lado, protege el ambiente y, por otro, la actividad económica, buscando un adecuado equilibrio, razón por la cual, la realidad ambiental se torna compleja cuando se le traslada al aspecto penal y el legislador no puede separarla

(511) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Presente y Futuro de la protección penal del medio ambiente en España", Ob. Cit. pág. 304.

de lo administrativo, porque no se trata de dos ambientes diferentes, sino del mismo. Y a la hora de tipificar lo hará sobre los sectores establecidos por el legislador administrativo, de no hacerlo así, caerá irremediabilmente, en la ineficacia.

En otros términos, para el legislador administrativo también es un principio delimitador el establecido en el art. 45 C., sólo que la protección ambiental es referible a los atentados más leves, reservándose el Derecho Penal los más graves (ya que una penalización de todo el derecho administrativo del medio ambiente no es aconsejable) que además atentan el buen funcionamiento de las normas y órganos de la administración ambiental. Sólo deben aplicarse sanciones penales a aquellos casos en los cuales, o bien, no es suficiente la tutela que puede ofrecer otro sector del ordenamiento o bien porque la gravedad del ataque denuncia como inoperantes otras medidas que no sean las penales (512). Como se ve la intervención penal está condicionada a la existencia de un ilícito administrativo por lo que éste queda incluido en el tipo legal ambiental. He ahí la naturaleza auxiliar y la necesaria inclusión de la norma penal en blanco.

3.7.2. Norma Penal en Blanco.

En materia ambiental la función auxiliar del derecho penal da lugar a la elaboración de tipos en blanco con base en la descripción de

(512) El Derecho ambiental y sus principios rectores, Monografías de la Dirección General del Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1989, pág. 248.

comportamientos dada por la norma administrativa, lo que supone hacer una remisión a las leyes y reglamentos no penales para llenar algunos elementos del tipo que aparecen como en blanco. Como ejemplo están: una emisión o vertido clandestino con base en la necesidad de licencia según reglamentos; desobediencia a órdenes expresas de suspensión o de instalación de medidas correctoras también establecidas en los reglamentos administrativos. En suma, una larga cadena de hechos que coinciden en violaciones a la normativa administrativa. Se coincide con Pumpido Tourón en que la contravención de dicha normativa es núcleo esencial del injusto y que, de no existir, la conducta será atípica (513).

Los elementos con que se efectúa esta remisión son tres:

1o. La emisión o vertido se asocia a una actividad clandestina o incumplimiento de medidas correctoras.

2o. La emisión o vertido es dañina según los módulos reglamentarios.

3o. Para saber qué zona está contaminada se tiene que acudir a los reglamentos.

Las normas de protección al medio ambiente no son claras y por eso la única posibilidad de conseguir certeza es remitirse a las administrativas (514). En materia ambiental nada impide que el legislador

(513) Vid. PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, El delito ecológico, Ob. Cit. pág. 34.

(514) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Presente y Futuro de la protección penal del medio ambiente en España", Ob. Cit. pág. 312.

pueda aprobar un conjunto de preceptos del Código Penal teniendo tan en cuenta la legislación administrativa ambiental como si tales preceptos se fueran a incluir como parte o anexo en esa misma legislación administrativa (515).

Se le atribuye al derecho ambiental un carácter técnico y, con base en ello, se introducen las leyes penales en blanco, por lo que en ocasiones se aprecian complicadas descripciones técnicas e incomprensibles fórmulas químicas y matemáticas (516). Parte de la Doctrina las acepta con base en la función auxiliar que el Derecho Penal debe desempeñar en este ámbito (517). Sin embargo, otra parte afirma que ésta es una técnica a evitar en el Código Penal por su dudosa constitucionalidad en aras del Principio de Legalidad (518).

(515) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Alternativas a la protección penal del medio ambiente" en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense, EDESA, Madrid, No. 19, 1983, pág. 144.

(516) Vid. Mariano Seoáñez y Luis Rodríguez Ramos en su obra LA CONTAMINACION AMBIENTAL clasifican en España más de trescientas leyes y otras disposiciones legales referidas a polución atmosférica, contaminación de aguas continentales y marinas, energía nuclear, ruidos y vibraciones, residuos sólidos, vías de comunicación, contaminación de alimentos, genética y contaminación, plaguicidas, asentamientos humanos y espacios naturales. Citados por VERCHER NOGUERA en "Comentarios al delito ecológico. Ob. Cit. pág. 27.

(517) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis en su obra RESERVA DE LEY ORGANICA PARA LAS NORMAS PENALES estima viable la Ley penal en blanco, pues afirma que si la remisión es adecuada, la certeza y seguridad de la descripción puede incluso superar otras. Citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel en DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, pág. 46.

(518) Vid. COBO DEL ROSAL Y BOIX REIG, "Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador" en Comentarios a la legislación penal, Tomo I, Madrid, 1982, pág. 213.

No obstante, la inclusión de normas penales en blanco es, hasta ahora, el único recurso empleado para tutelar el ambiente desde leyes penales y ello para alcanzar seguridad y certeza jurídicas (519). No es lo mejor, pero la ley penal tiene un carácter secundario e indirecto (520).

Una argumentación en contra es, precisamente, que se viola el principio "non bis in idem" (521) respecto a hechos que pueden merecer castigo penal y administrativo (522).

Ahora bien, a continuación se presentan algunas opiniones en

-
- (519) Esto no despierta tan buenos comentarios, pues se ha objetado que constantemente se aprecia complicadas descripciones técnicas, incomprensibles fórmulas químicas y matemáticas que difícilmente podría un juez penal comprender los elementos básicos del Derecho Ambiental. MARTIN MATEO, Ramón, "El Ambiente como objeto del Derecho", Derecho y Medio Ambiente, CEOTMA, Madrid, 1981, pág. 27.
- (520) Rodríguez Ramos menciona que para colmo, en España, las Comunidades Autónomas tienen competencia según, el artículo 149, 1, 23.a., para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente, dada la diversidad de necesidades de protección de los distintos espacios geográficos, la llamada diferencia locacional, en "Delitos contra el medio ambiente" en la Reforma del Código Penal de 1983, Revista de Derecho Privado, Tomo V, vol. 2, Madrid, EDESA, 1985, pág. 833; Código Penal Comentado, Ob. Cit. pág. 653.
- (521) La partícula " o " que emplea el artículo 45.3 de la Carta Magna española tiene significado alternativo, lo que impide una imposición conjunta de tales sanciones.
- (522) En España, en la Reforma a la Ley de Orden Público producida por el R. D. L. de 25 de enero de 1977, se adopta el criterio de respetar el principio "non bis in idem" en que no se impondrán sanciones gubernativas y penales por unos mismos hechos. Al respecto confrontar PERIS RIERA, Jaime Miguel, "Delitos contra el medio ambiente", Ob. Cit. pág. 34; en el mismo sentido COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: "la aplicación de una doble sanción, penal y administrativa, por los mismos hechos contravienen lo dispuesto por la Constitución, a través de lo establecido en su artículo 25.1, así como en aquellos otros que delinean el carácter judicialista de la misma, conformador de Estado de Derecho", en "Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador" en Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, Madrid, 1982, pág. 213.
-

contra de la técnica legislativa de la inclusión de la ley penal en blanco. Las caracteriza una gran precisión, sin embargo, también se presenta una reflexión personal cuyo núcleo esencial es precisamente, la aceptación de esta técnica legislativa.

Peris Riera señala que: cuando esa referencia es sólo a infracciones de normas administrativas por no haberse cumplido con una especial indicación como lo es la falta de autorización, no es tan grave, pero cuando las referencias son a normas administrativas que son de rango inferior, se afirma que esto sí viola los preceptos constitucionales y, si a ello se agrega que esas normas administrativas ya son de por sí imprecisas, entonces, es muy difícil alcanzar certeza y seguridad jurídica. Al respecto Peris Riera expone: "como se puede observar no se trata únicamente de una especial indicación a la falta de autorización sino que se penaliza partiendo de la infracción de determinadas disposiciones contenidas en leyes (no penales) o -y esto es lo grave- Reglamentos" (523). Va más allá, pues afirma que un precepto así está destinado a vulnerar el principio de seguridad jurídica "porque el Reglamento que ha de contravenir el sujeto activo, el contenido de ese reglamento, lo dispone la administración " (524). A esto se agrega el contenido indeterminado de estos conceptos, por lo que, inevitablemente, la remisión que se hace a ellos, crea tipos indeterminados. Se deduce que las leyes penales en blanco no introducen mejoras en la legislación penal, ya que pueden introducir, precisamente, la imprecisión relacionando las leyes criminales

(523) PERIS RIERA, Jaime Miguel, "Delitos contra el medio ambiente", Ob. Cit. pág. 47.

(524) Ibidem, pág. 47.

con una extensa y disforme serie de disposiciones de origen más o menos remoto que regulan en forma muy incompleta la protección no penal de los problemas ambientales y que no es con la creación de normas penales en blanco que el ciudadano medio comprenderá la inadecuación social de los comportamientos contra el medio ambiente, puesto que no con ello se logra un esclarecimiento técnico del contenido de esos comportamientos, ni tampoco se protegerá totalmente el ambiente. Bacigalupo señala que puede demostrarse, porque puede dejarse fuera del ámbito penal actividades que, a pesar de estar autorizadas, son realmente graves. Por ejemplo, la eliminación de gases y aguas contaminadas en el aire y en aguas fluviales. Aunque la solución se deja en el ámbito administrativo, como lo podría ser el traslado de la industria a otro sitio, que significa un alto costo (525), puede ocasionar algunos problemas ya que no se sabe hasta dónde puede la autorización administrativa proteger las lesiones en el cuerpo o en la salud. Así, si alguien tiene conocimiento de que la emisión de gases, aunque autorizada, causará daños en la salud de los sujetos que viven alrededor de la instalación, no puede deslindar su responsabilidad con el argumento de que está autorizado ¿debe entenderse que está autorizado para poder lesionar a las personas?. No parece sensata una respuesta afirmativa. Cuando la autoridad administrativa no interrumpe una actividad que, aunque autorizada, es dañina al ambiente, no por ello los sujetos activos han de ampararse en tal omisión, pues los afectados no están, en virtud de una orden administrativa, obligados a soportar peligros y daños a su salud. También

(525) Cierre de la Refinería "18 de marzo", en la Ciudad de México, durante 1991.



indica que la inactividad administrativa no puede justificar la conducta del sujeto que, con un mínimo de esfuerzo de conciencia, se da cuenta de que actúa en forma inadecuada y la inactividad de la Administración debe sancionarse en la persona o personas competentes en el asunto (526).

Pero... las legislaciones prefieren la técnica de la Ley Penal en Blanco como la única forma de proteger penalmente el ambiente con certeza y seguridad jurídica y, la existencia de normas y funcionarios administrativos le da, precisamente, al Derecho Penal un carácter, en este ámbito, secundario. Pero esto ha sido cuestionado porque se piensa en lo impreciso de las descripciones que incluyen conceptos nuevos procedentes de otras ramas del Derecho. Tiedemann menciona dificultades para precisar, por ejemplo, el concepto de salud, sobre el que existe unanimidad en no aceptar el concepto amplio de la Organización

(526) En torno a esta situación Bacigalupo cita y analiza la sentencia del BGH alemán del 13.4.1975: "si las autoridades que otorgaron la autorización están en conocimiento de la situación de daño a la salud que de las actividades autorizadas se deriva para los vecinos de la fábrica, y sin embargo no ordenan la detención de tales actividades, este comportamiento de la autoridad podría ser motivo suficiente para creerse autorizado a obrar como se lo hace. En un caso en que los gases emitidos por una fábrica produjeron vómitos, tos, dificultades respiratorias e insomnio en los pobladores que vivían en un radio de hasta 300 metros de aquélla, el BGH alemán, entendió que esta circunstancia era determinante para apreciar la inevitabilidad del error sobre la prohibición.". Para Bacigalupo la solución despierta dudas ya que la situación jurídica era tan elementalmente comprensible que la alegación de la creencia en la justificación basada en la inactividad de las autoridades de controlar, no debería haber prosperado. Aplicando las reglas que la jurisprudencia del BGH ha forjado para establecer la inevitabilidad del error, cabe afirmar que con un mínimo esfuerzo de conciencia los autores hubieran comprendido la antijuricidad. Cfr. BACIGALUPO, Enrique, "La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente". Ob. Cit. pág. 206.

Mundial de la Salud, pero se discute si comprende "menoscabos psíquicos" o "molestias psico-vegetativas"(527).

Dejan dudas los términos por lo que existe la crítica de la excesiva accesoriedad administrativa basada ésta en la continua referencia a normas de la administración o a sus autorizaciones, lo que conduce a imprecisión del objeto de tutela jurídica "no se sabe bien si es, propiamente, el ambiente o las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de los bienes ambientales" (528).

El Principio de Legalidad supone que sólo una rígida tipificación de las figuras criminales o de las relativas penas es constitucionalmente legítima. La conducta debe quedar perfectamente concretada y especificada sin que sea necesario acudir a normas de rango inferior a la ley o a la precisión por el mismo Juez (529). Peris Riera afirma: Puede ser con la creación de una Ley General sobre el Ambiente que se intente evitar estas remisiones e inconvenientes de carácter técnico. En esa ley se podría anexar unas "Tablas" en las que se indicasen los límites de tolerancia, exigencia a instalaciones, superándose de este modo los problemas jurídicos de legalidad sin necesidad de recurrir a normativas reglamentarias (530).

(527) TIEDEMANN, Klaus, El Nuevo Derecho Penal Español, págs. 7 y ss.

(528) DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, "Protección Penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente", Ob. Cit. pág. 211.

(529) BORTOLOTTI, D., Podere pubblico ed ambiente. Contributo allo studio della etero-integrazione di norma penale, Citado por PERIS RIERA, Jaime Miquel, "Delitos contra el medio ambiente", pág. 45; COBO DEL ROSAL - BOIX REIG: "Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador", Ob. Cit. pág. 199.

(530) Sugerencia de PERIS RIERA quien comenta como, la inclusión de estas Tablas ha contribuido a resolver en Italia, las dificultades de índole legal

Expuestos, como han sido, estos puntos de vista, es oportuno asumir una posición. Si de un modo o de otro se va a terminar contemplando normas no penales, es preferible una expresa referencia a las mismas en el propio tipo legal. La solución para realizar la protección penal ambiental es la norma penal en blanco, ya que las especiales anotaciones de la materia ambiental, sus tecnicismos y metodología repercuten en los preceptos penales en blanco (531).

No se viola el Principio de legalidad porque si éste exige claridad, precisamente en nombre de esa claridad, la norma penal en blanco, es la única posibilidad con que se cuenta para definir el tipo ambiental con seguridad y certeza jurídicas, al tiempo que se refuerza la actividad administrativa protectora del ambiente. De tal suerte que las fricciones con el Principio de Legalidad (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución Española) sólo pueden superarse recurriendo a descripciones más precisas del comportamiento prohibido.

La norma penal en blanco le da el carácter de secundario al derecho penal al penalizar el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno, pero que le definen su objeto de protección.

que habían vuelto siempre incierta y criticada la aplicación de la ley penal, ya que anteriormente las referencias no eran seguras y, comenta además, que esto ocurrirá en España si no se practican soluciones que permitan evitarlo. PERIS RIERA, Jaime Miquel, "Delitos contra el medio ambiente", Ob. Cit. págs. 49 y 50.

- (531) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Protección Penal del Ambiente, Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Público, Tomo I, Madrid, EDESA, 1982, pág. 834.

Sin embargo, la instrumentalización de la norma penal en blanco, sólo es posible en una adecuada política ambiental. El punto de partida es la perfecta coordinación entre los ordenamientos penal y administrativo, lo cual no es tarea fácil. Una administración ambiental en que leyes y reglamentos ambientales estén dentro de una planificación del Poder público. Se coincide con Rodríguez Ramos en el sentido de que si la acción legislativa penal y no penal carece de la base política planificada, su eficacia será escasa (532). Y es verdad la ausencia de una normativa administrativa actual y precisa hace imposible una protección penal del ambiente y la norma penal en blanco deviene en un caos generando ambigüedad e inseguridad jurídica.

El desorden del derecho administrativo conduce también al desorden del derecho penal ambiental y puede crear confusiones normativas. Pero esto, no es problema del derecho penal ambiental sino del derecho administrativo.

Por otro lado, en la mayor de las veces, la remisión a la norma administrativa significa una especial indicación a la falta de autorización para operar, a la inobservancia de las normas reglamentarias en las que se precisan mandatos o prohibiciones de la administración pública y en el de quebrantar los límites de contaminación. Y, porque todo se reduce a incumplimiento administrativo, el Derecho Penal debe intervenir sólo cuando dicho incumplimiento tenga como resultado, un peligro o daño graves para el ambiente y, su función en cuanto norma jurídico penal es

(532) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Presente y Futuro de la protección penal del ambiente en España", Ob. Cit. pág. 296.

reforzar la actuación de los órganos administrativos ambientales y conminar para someterse a los controles administrativos.

3.7.3 Non bis in Idem.

Hay ocasiones que el mismo supuesto de hecho y los mismos intereses públicos protegidos son presupuesto de la sanción administrativa y de la penal, generándose duplicidad de normas sancionadoras. Entonces el principio es no castigar ningún hecho con sanción administrativa que haya sido objeto de sanción penal. Para estos casos el Tribunal Constitucional (S. 30-I-1981 y 3-X-1983) declara la imposibilidad de que los órganos administrativos realicen actividad sancionadora alguna frente a hechos que puedan ser constitutivos de delito, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos. La condena penal excluye la sanción administrativa y de haber absolucón la autoridad administrativa debe acatar tal resolución (533).

Hay preceptos de evidente violación del non bis in idem como el Reglamento de Policía de Aguas (25 de mayo de 1972) en el que se expresa que las responsabilidades administrativas que se consignan en el reglamento son independientes de cualquier otra del mismo carácter, así como de las de carácter civil y penal que en cada caso puedan derivarse de las contravenciones. Y en idéntica situación están otras disposiciones, como el art. 81 de la Ley de Montes o el art. 408 del Reglamento de 22 de

(533) Vid. GARCIA PLANAS, Cit. por TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal - sanción administrativa" en el Delito ecológico, Ob. Cit. pág. 88.

febrero de 1962 en materia forestal. Aún así debe regir el principio o criterio formulado por el Tribunal Constitucional dejando sin valor este tipo de preceptos.

Suscita controversia cuando en la vía administrativa ya ha recaído la sanción y la jurisdicción a su vez tiene que establecer responsabilidad penal. La doctrina divide sus opiniones. Un sector propone descontar la sanción administrativa de la pena (534) y otro sector propone la anulación de lo actuado por la administración (535). La solución viable parece ser la primera. Tómese en cuenta que la actividad sancionadora de la administración se va orientando hacia un sistema de garantías. Es la doctrina recogida por el Tribunal Supremo español:

T.S. 3a., 15 de octubre de 1988: "El paralelismo esencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador permite la extrapolación a éste de aquellos principios de aquel que siendo de obligada observancia en la actividad procesal punitiva de la jurisdicción penal, lo han de ser también en la actividad sancionadora de la administración"..

Entonces cómo anular una decisión rodeada de ellas, de esas garantías. Además este "descontar o reducir la sanción civil" recae sobre la pena que es la que finalmente prevalece, sin olvidar que las normas penales también protegen el buen funcionamiento de las normas y

(534) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Cit. por TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal - sanción administrativa", Ob. Cit. pág. 88.

(535) Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal - sanción administrativa", Ob. Cit. pág. 89.

órganos de la administración relacionados con el ambiente de modo inmediato. Entonces, si ya hay sanción administrativa, no vale anular todo lo actuado. Por tanto, cabe decir con Rodríguez Ramos, que el Juez Penal tenga en cuenta en su margen de arbitrio que tiene a la hora de determinar la pena, la sanción administrativa impuesta y cumplida por el reo, con el fin de reducir la pena en una compensación racional (536).

Prevalece así el Procedimiento penal sobre el administrativo.

En conclusión, debe haber coordinación entre el dispositivo penal y el administrativo, a nivel legislativo y a nivel procesal, que evite el doble castigo. Por estas razones, la protección penal del ambiente debe incluir una regla que solucione estos concursos. Inclusive se plantea por la doctrina la creación de una ley reguladora de la potestad sancionatoria de la administración que resuelva los problemas sustantivos y procesales, que hoy afectan a los supuestos de concurrencia de normas sancionadoras penales y administrativas, en la que se planteara un cambio en el ámbito jurisdiccional, asegurando la competencia para resolver los recursos con resoluciones sancionadoras de la administración, a los jueces y tribunales de orden penal, en vez de a los de orden contencioso administrativo a los que corresponde en la actualidad (537).

Sería oportuno crear:

1. Coordinación de sanciones e injustos penales y administrativos.

(536) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Delitos contra el ambiente", La Reforma del Código Penal. Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Privado, Tomo V, Vol. 2, Madrid, EDESA, 1985.

(537) Contradice este principio el Reglamento de Policía de Aguas del 25 de mayo de 1972, art. 32, apartado primero.

2. Control judicial de las sanciones administrativas.

3. Formulación general del principio non bis in idem.

Se coincide en que en materia ambiental la práctica tendrá que ser según Rodríguez Ramos:

1o. No castigar ningún hecho por sanción administrativa que haya sido objeto de sanción penal.

2o. Que el Juez tenga en cuenta la sanción administrativa impuesta y cumplida por el sujeto, con el fin de reducir la pena en una compensación racional.

3o. Procesalmente ha de prevalecer el procedimiento penal sobre el administrativo sancionador.

4o. Existencia de una normativa que asegure coordinación y colaboración entre autoridades ambientales y judiciales, sobre todo en cuanto a medidas cautelares se refiere (538).

3.7.4. Tipos de peligro.

En materia ambiental el impacto ecológico observable a mediano y largo plazo crea problemas de causalidad por lo cuestionable de determinar si hubo o no lesión, sobre todo cuando los potenciales daños para la vida, la salud, el patrimonio, ya tienen una tutela específica, a pesar de que son la consecuencia de un atentado directo contra el

(538) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Delitos contra el medio ambiente", Ob. Cit. pág. 843.

ambiente. Siendo la opción político criminal la que evita incluir daños en los tipos legales, creándolos sólo de mera actividad, lo que basta para que se lesione el bien jurídico ambiente.

Por tanto, esta decisión legislativa no prejuzga la naturaleza de delitos de peligro o de lesión que pueda corresponder a tales tipos, pues una cosa es la presencia o ausencia de resultado y de nexo causal (elemento de la acción) y otra que, tal conducta, con o sin resultado, lesione el bien jurídico del ambiente. Por esto es ineludible la elaboración de tipos de peligro abstracto y concreto. En el primer tipo hay un peligro presunto por la presunción iuris et de iure de la que se parte al considerar que determinado comportamiento por sí mismo es siempre peligroso y el Juez no tiene por qué comprobar su existencia. Son aquellas conductas no autorizadas o que violan reglamentaciones administrativas y por sí mismas riesgosas. En materia ambiental no sólo se evita la dificultad de la prueba sino, al igual que los delitos de simple actividad, la necesidad de referencia a un objeto material concreto, solución que ayuda a proteger un bien jurídico tan complejo. En el peligro concreto hay un riesgo mencionado en el tipo, ante el cual el Juez debe emitir necesariamente un juicio de peligro que estime ausente o presente tal elemento, juicio en que se determine la aptitud del hecho para causar la lesión temida (539). Por eso éstas son conductas no autorizadas o que violan prohibiciones administrativas y muestran una elevada probabilidad de lesión al ambiente o a otros bienes jurídicos y que se prueba su existencia para que sea

(539) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Apuntes de Derecho Penal, Parte General, II, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1978-1979, págs. 320, 321 y 322.

típica la conducta contra el ambiente.

Los preceptos penales protectores del medio ambiente suelen configurarse como delitos de peligro, posiblemente por lo discutible que resultaría considerar si hubo o no lesión, máxime si los posibles resultados lesivos para la vida, la integridad corporal, el patrimonio, ya están tradicionalmente tipificados como delitos (540).

El peligro va en relación a una probable alteración del equilibrio ambiental o a una modificación nociva. Los daños potenciales son los que prohíbe la norma protectora del ambiente.

Así, por ejemplo, es un hecho que la introducción de sustancias consideradas nocivas para el mar representan cierto daño para la flora y fauna marina, sin embargo, cómo medir los límites de contaminación en el agua de mar, provocada, por ejemplo, por hidrocarburos y la tolerancia que de éstos pueden tener las diferentes especies marinas, si éstos tienen 500 o más componentes que de alguna manera afectan, a corto, mediano y largo plazo, a los organismos marinos (541). De allí surge la necesidad de elaborar el tipo de peligro que regule el incumplimiento de las medidas administrativas creadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos. Por supuesto frente a los daños potenciales más graves.

Un ejemplo de tipo de peligro lo constituye el caso Montedison

(540) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luls, Alternativas a la protección penal del ambiente, Ob. Cit. pág. 146.

(541) Estas alteraciones dependen del tiempo que estén expuestos al contaminante y se ha comprobado que en algunos casos causan hasta la muerte, pero en la mayor parte de los casos son alteraciones de tipo metabólico.

(República Italiana, Prud Hommiedes Marins pecheurs de Bastia Et. Al. vs. Eugenio Cefis Montecatini Edison s.p.a. et. al) (542).

En una acción criminal contra la más importante marca química italiana, dueña de una fábrica de dióxido de titanio establecida en 1969, en Scarlino, una asociación de pescadores de la Isla de Córcega, junto con pescadores italianos, se constituyó en una parte en el proceso pues sus pérdidas pesqueras se redujeron notablemente. La acción se refería a contaminación marina causada por el derrame de desechos industriales de la planta, que eran arrojados al mar desde 1972 por dos buques de la Compañía. El vertimiento había tenido lugar en la alta mar fuera de las aguas territoriales a 40 millas de la costa italiana y a 25 millas de la costa francesa de Córcega causando capas rojas visibles en la superficie del agua.

La clave de la solución a este caso está en que el vertimiento había sido autorizado por las autoridades italianas en 1972 y 1973 y en la sentencia del 27 de abril de 1974 se declaró que el vertimiento autorizado era ilegal a la luz de la ley italiana de pesquerías de 1965, que prohíbe el vertimiento de contaminantes en el Océano por el peligro que implica para la fauna marina.

Como se ve se trata de una conducta grave constituida por un peligro que es fácilmente constatable. La creación de un riesgo contaminante era considerado suficiente para que fuera sancionado por el

(542) Vid. DIAZ, Luis Miguel, Responsabilidad del Estado y Contaminación, Porrúa, México, 1982, págs. 108 y ss.

Código Penal italiano. La Corte italiana sentenció al presidente del Consejo y a 4 ejecutivos de Montedison a 3 meses y 20 días de prisión. Y en cuanto a la reparación civil fue por 13 millones de dólares, aparte de los 280 mil dólares que por pérdidas reclamaron los pescadores, pero silencia la responsabilidad penal de las autoridades que ilegalmente autorizaron el vertido de desechos.

En suma, este ejemplo es un delito de peligro relativo a una conducta que puede afectar gravemente la fauna marina, que viola la norma que prohíbe el vertimiento de sustancias de tal composición y en tal cantidad que puedan dañar seriamente la calidad del agua marina (como ocurre en el Protocolo del vertimiento de la Convención de Barcelona para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, del 16 de febrero de 1976). Además este ejemplo muestra una protección autónoma del ambiente con independencia del daño patrimonial causado a los pescadores.

Generalizando, con todo lo expuesto, es necesario considerar que, de materializarse el riesgo acaeciendo el daño temido, se presenta, además del delito de daños, lesiones u homicidio, el delito contra el ambiente, pues el ambiente adquiere autonomía como bien jurídico, frente a esos bienes jurídicos. Hay que afirmar que debe bastar con la puesta en peligro del ambiente, en atención a las pautas reglamentarias correspondientes, para considerar infringida una norma penal si concurren los restantes elementos del delito. Si ese peligro se actualiza, figuras específicas cualificadas o el mecanismo concursal correspondiente

agravará la responsabilidad penal y, sobre todo, repercutirá el evento en el ámbito de la responsabilidad civil (543). Un ejemplo lo constituye el actual art. 348 del C. P. E. (544).

Además, los tipos de peligro abstracto o concreto deberán cualificarse cuando las conductas se lleven a cabo en zonas especialmente protegidas.

Ahora bien, se ha sostenido que en materia ambiental no es lo mejor elaborar tipos de peligro pero se ha dicho que por razones de eficacia se hace, ya que, por ejemplo, las emisiones o vertidos (art. 347 bis) tienen que poner en peligro grave la salud de las personas o pueden perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, por tanto tendrá que probarse que existe uno de los peligros descritos para que sea típica esa conducta que atenta contra el ambiente.

Se objeta que los tipos de peligro causan indeterminación y abren el camino a la arbitrariedad de los tribunales. Sin embargo, hay daños potenciales que pueden concretizarse muchos años después, son daños consecuentes, pero de difícil pronóstico en el tiempo. Por lo mismo, plantean problemas de causalidad difíciles de determinar en el tiempo, siendo la opción político criminal más adecuada la que omite un nexo

(543) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Alternativas a la protección penal del ambiente, Ob. Cit. pág. 146.

(544) Art. 348 del Código Penal Español: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos".

causal y deja presente sólo la actividad que le da origen ya que la norma penal no puede incluir predicciones o conjeturas, por eso la presencia del resultado material en el tipo legal no es necesaria para la protección del bien jurídico. Crearía inseguridad jurídica introducir en el tipo un resultado material y esperar años su llegada. Por esa imposibilidad ¿quedaría impune esa actividad?, he ahí la importancia de crear tipos de peligro en materia ambiental.

Finalmente, hay que precisar que hay consenso en atribuir a estos eventos antisociales el carácter de tipos legales de peligro. En lo que no hay consenso es en qué clase de peligro, si concreto o abstracto. Así por ejemplo, existe un punto de vista respecto al cual los supuestos de hecho típicos del derecho penal del ambiente deben adoptar la forma de tipos de peligro abstracto (Herrmann, Laufhütte - Möhreschlager, Bacigalupo) (545); esto no obsta para que en derecho comparado no se encuentren tipificaciones en la forma de tipos de peligro concreto o de lesión.

También hay otro punto de vista en que se sostiene que hay peligro concreto y abstracto (546) y otro que sostiene que sólo hay delitos de peligro concreto (547).

Finalmente, es de llamar la atención que en el Proyecto de Código Penal de 1980, el de 1983 y el Anteproyecto de 1992, se establece el

(545) Vid. BACIGALUPO, Enrique, "La Instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del Medio ambiente", Ob. Cit. pág. 203.

(546) Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal - sanción administrativa", Ob. Cit. pág. 96; MATEOS RODRIGUEZ ARIAS, Ob. Cit. pág. 93 y ss.

(547) Vid. CANTARERO BANDRES, Rocío, "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", Ob. Cit. pág. 76.

criterio de conformar el supuesto de peligro abstracto.

Una controversia en verdad lo es la consideración del tipo de peligro abstracto o concreto, baste como ejemplo de ello, un fundamento de derecho empleado en una sentencia de apelación que se sostiene a propósito de unos vertidos contaminantes: "el delito imputado es de riesgo abstracto, pero desde el punto de vista de la responsabilidad personal y de la culpabilidad, únicamente cabe que se cometa en tanto en cuanto se es consciente de que se actúa eficazmente en un concreto sentido... es necesario no sólo que se realice una conducta típica de emisión de vertidos contaminantes, sino que se conozca que ello implica infracción de normas concretas y que además se genera el riesgo producido por la norma" (548).

Entonces, si es concreto o abstracto, es algo que tendrá que verificarse en cada caso concreto, se coincide con Peris Riera en que es una distinción puramente formal (549). El peligro, es un peligro "explícito" porque el texto de la ley especifica la exigencia de un determinado peligro para ciertos bienes como un hecho potencialmente lesivo.

Se castiga la simple amenaza al bien jurídico. La tutela penal se coloca antes de lo que normalmente acontece, impidiéndose que el riesgo se convierta en daño.

(548) Vid. Audiencia Provincial de La Coruña, Apelación Penal, 30 de enero de 1992.

(549) Vid. PERIS RIERA, Jaime Miquel, Delitos contra el medio ambiente, Ob. Cit. pág. 32.

3.7.5. Autores.

Se ha clasificado a los autores de agresiones contra el ambiente de acuerdo a las formas que puede adoptar su comportamiento:

1. Sujetos que sin pertenecer al ámbito ecológico ocasionalmente actúan en él (Por ejemplo, el pirómano o el cazador furtivo).

2. Sujetos que delinquen por ignorancia, despreocupación o descuido (impericia, negligencia o imprudencia) desconociendo la problemática ambiental o conociéndola, no prevén, ni evitan los atentados contra el ambiente.

3. Sujetos que delinquen financiera o industrialmente motivados por:

a. excesiva inclinación a las riquezas que ya se tienen, y no admiten ningún tipo de renuncia en beneficio del ambiente.

b. Por una desmedida voluntad de mayor productividad sin aceptar que la disminución de los rendimientos a corto plazo, puede plantearse como necesidad ecológica.

c. Por ánimo de lucro desmesurado, desarrollando actividades contrarias a la estabilidad ambiental con el solo fin de obtener mayores beneficios.

4. Funcionarios públicos.

A diferencia de la delincuencia tradicional los sujetos activos pertenecen a la esfera de poderío económico y social en mayor cuantía y sólo en menor cuantía a los sectores más deprimidos de la sociedad. Sobre todo porque la actividad económica se concentra en la tercera

categoría. Sin embargo, es necesario precisar que un problema ambiental no se produce por acciones aisladas, sino por la concurrencia de muchas personas o entidades. En suma, estas categorías de autores contribuyen en mayor o menor medida a dañarlo a corto o mediano plazo. Sin embargo, dos son los principales problemas en materia de sujetos activos: las personas jurídicas y el funcionario público.

3.7.5.1. La persona jurídica.

Una adecuada criminalización ambiental debe incluir a las personas jurídicas individualizando la responsabilidad penal en la figura del que actuare como directivo, encargado de un órgano de gestión o en representación legal o voluntaria de la misma. Las modernas legislaciones penales sin traicionar el principio "societas delinquere non potest" incluyen medidas de seguridad aplicables a personas morales porque una empresa se utiliza como pantalla o instrumento para delinquir. Precisamente, el legislador español en la reforma de 1983 introduce el artículo 15 bis que determina la responsabilidad personal del que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, aunque no concurran en él y si en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Como ejemplo está la sentencia de 30 de junio de 1990, emitida por el Tribunal Supremo referente al enjuiciamiento del director de una Central térmica que efectuó emisiones de humos, altamente cargados de dióxido de azufre en la que se afirma:

T. S. 30 de junio de 1990: "La reforma de 1983 introduce el art. 15 bis, que completa y perfila el contenido del art. 14 del Código Penal, individualizando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la figura del que actuare como directivo o encargado de un órgano de gestión o en representación legal o voluntaria de la misma y que la responsabilidad le viene atribuida por su capacidad decisoria en torno a los actos, que constituyen el núcleo del tipo delictivo que se le imputa o incrimina".

Se concreta en el directivo, órgano o representante una actuación claramente individualizada.

La responsabilidad penal de un directivo se basa en una capacidad de decisión y de vigilancia sobre cuestiones que pudieran surgir en el curso de la actividad productiva y los límites máximos permitidos por la legislación vigente, así como en el conocimiento de los efectos de toda actividad realizada que no cumpla la normativa. De ser así toda actividad contra el ambiente, inclusive las que él no ordene, serán su responsabilidad, porque debe prever lo necesario para eliminar radicalmente esa posibilidad dada su posición de máximo directivo técnico de la persona moral. Ejemplificativo resulta la apelación en la Audiencia de la Coruña de 26 de junio de 1991, en que se trata este supuesto con motivo de un vertido de aguas altamente tóxicas. Se afirma en la versión de los hechos que una persona no identificada, pero vinculada a la factoría, procedió por iniciativa propia, a efectuar la apertura de una de las válvulas de desagüe. A lo que la Audiencia Provincial de la Coruña afirmó: "la misma no excluye su responsabilidad, porque aun así, a pesar

de que no debería ignorar, que podría tener una hipotética actuación en tal sentido, no habría previsto lo necesario para eliminar radicalmente su posibilidad, cosa que tenía a su alcance, dada su posición de máximo directivo técnico..." (550). Y, en relación con aquellas actividades que el directivo ordene, también serán su responsabilidad a título de dolo o de culpa. Véase un ejemplo: "si la persona responsable de una Central Térmica, da órdenes de que se emitan, en una o varias ocasiones, humos, altamente cargados de dióxido de azufre... con conocimiento de que los humos llevaban dicho elemento, pocas dudas habría para calificar su conducta como dolosa; pero si da órdenes para realizarlas, sin que tenga ese conocimiento... con omisión de la diligencia necesaria... su actuación será culpable" (551).

Es clara la posición de atender a la capacidad decisoria para individualizar la responsabilidad penal del directivo de la empresa.

Este es un precepto nuevo, aunque ya el Proyecto de 1980 introdujo en su texto este contenido.

Quizá habría que pensar que el representante no observa las medidas reglamentarias porque la empresa no le da facilidades para implementarla. Aún así, sigue siendo responsable penalmente pues tenía la opción de no aceptar el cargo o dimitir.

El artículo 15 bis es un precepto nuevo, aunque ya el Proyecto de

(550) Apelación, Audiencia de la Coruña, Sentencia 26 de junio de 1991, P.: Sr. Cabanas Gancedo, Actualidad Penal, julio de 1991, pág. 129.

(551) Apelación, Audiencia de la Coruña, 26-VI-1991.

1980 lo introdujo en su texto y en materia penal ambiental debe regir, de no ser así se corre el riesgo de carecer de seguridad jurídica.

Esta regla denominada "actuar por otro" se creó para solucionar el problema de los delitos especiales cometidos al amparo de personas jurídicas; el Tribunal Supremo aplicaba dicha regla aun sin fundamento legal alguno, infringiendo expresamente el artículo 2, párrafo primero del Código Penal, con argumentaciones así:

STS 18-X-1969: "otra cosa equivaldría a permitir que en la más absoluta impunidad pudieran perpetrarse una variada gama de figuras delictivas... sin más que acudir sus autores al fácil expediente de constituir personas jurídicas".

Puede ser decepcionante pues los destinatarios de las normas ambientales son, en su mayoría, grupos de presión y gran poder social y disponen de una amplia capacidad de organización. Son precisamente las empresas industriales que han desplegado su experiencia sobre el derecho administrativo y aprovechado trucos jurídicos orientados a la no aplicación de la norma, son quienes dañan el ambiente. Al respecto Vercher Noguera señala que la complejidad burocrática de ciertas empresas incorporan recientemente nuevos métodos de organización procedentes de otros países que pueden dejar inaplicada la legislación española sin la menor dificultad (552).

La sanción penal en este campo encaja difícilmente, sobre todo, si

(552) Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio, "Comentarios al delito ecológico", Ob. Cit. pág. 56.

se toma en cuenta que las instancias de control social tienden normalmente a ponerse de acuerdo con ellos por vía de la negociación y a mantener en propio interés el potencial económico de los infractores (553).

Es evidente, hay dificultades para determinar al autor del daño al ambiente y su grado de participación, pero eso no debe ser obstáculo para hacer efectiva la ley, sobre todo si se considera el aumento de criminalidad de las personas jurídicas. Por eso se ha sugerido que para la mejor detección de estas conductas se creen tipos legales cuyos sujetos activos sean determinados y muy cualificados y no basta con sancionar a sus directivos, hay que aumentar la lista de penas previstas. Un buen ejemplo lo constituye la polución: "Las formas más serias de polución son producidas por complejos industriales. La sentencia y condena de algún director o ejecutivo no siempre es lo suficientemente disuasivo para una empresa. Las penas impuestas a las personas jurídicas, con la finalidad de proteger al medio ambiente pueden ser mucho más efectivas" (554).

La protección penal del ambiente se ve favorecida haciendo responder penalmente a las personas jurídicas como una urgencia de adaptar la ley a la realidad, por ello sería adecuado crear en cada tipo legal y después de la descripción de la pena privativa de libertad propia de las

(553) Al respecto puede verse Werner Ruther quien afirma que son los intereses afines entre estas partes -empresarios y autoridades administrativas- lo que impide la aplicación de sanciones, lo que él llama suspensión de decisiones y un aspecto en la génesis de las normas jurídicas. WERNER RUTHER, "Génesis de la norma penal para la protección al medio ambiente", Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología, No. 25, Madrid, EDESA, 1985, pág. 52.

(554) VERCHER NOGUERA, Antonio, "Comentarios al delito ecológico", Ob. Cit. pág. 119.

personas físicas, la reacción penal que puede consistir en la disolución de la persona jurídica y el cierre temporal o definitivo de empresas, fábricas o establecimientos y no sólo la suspensión temporal o definitiva de la actividad de cualquier índole -no sólo industrial- que daña o pone en peligro el ambiente, sino también la disolución y la prohibición dirigida a las personas que la forman, de reunirse nuevamente con fines similares, aparte de la indemnización que surge como consecuencia de cualquier delito.

En cuanto a la inclusión de la responsabilidad penal de funcionarios se sugiere la creación de sanciones para aquellos implicados que conceden autorizaciones, licencias antirreglamentarias, o no impiden acciones, sea que lo hagan en forma negligente o actúen con intención.

3.7.5.2. Funcionarios Públicos.

La conducta de los funcionarios públicos que conceden autorizaciones o licencias antirreglamentarias o no impiden la acción peligrosa debe incluirse en la protección penal del ambiente con una punibilidad agravada por el aprovechamiento del cargo público y con la pena de inhabilitación de profesión u oficio por el tiempo que motivadamente acuerde el Tribunal, dentro de los márgenes de gravedad del delito. Deben ejercerse los actos de punición necesarios para sancionar a aquellos que atentan contra la naturaleza y el equilibrio ecológico al amparo del servicio público. Atentan contra el ambiente, que constituye un verdadero patrimonio, con sus acciones u omisiones, que

causan o no impiden la degradación ambiental, como cuando las autoridades administrativas competentes no reaccionan con la celeridad que exige el caso ambiental, no ponen en su momento el remedio eficaz a lo sucedido o no investigan adecuadamente a los responsables, debe intervenir el derecho penal (555).

3.7.6. Dolo y culpa.

En materia ambiental el comportamiento puede ser en forma dolosa o culposa. La dificultad que entraña la prueba del dolo y la experiencia que demuestra que en este ámbito los comportamientos no son sólo intencionales, sugieren la inclusión de la culpa.

En la versión culposa hay que incluir una disposición legal en tal sentido que distinga entre culpa grave (por ejemplo, el directivo que incurre en omisión) y menos grave (imprudencia simple con infracción de reglamentos). Y de ser posible, ubicar la culpa menos grave en el rubro de faltas como un injusto administrativo (principio de intervención penal mínima) (556). Esto coadyuva a la idea de tomar del ámbito sancionador administrativo los supuestos más graves para su sanción penal.

(555) Veinte años tiene aproximadamente de estar en vigor en México la legislación para combatir el deterioro del ambiente: "El hecho lamentable de que durante los veinte años de vigencia de las leyes promulgadas para combatir el deterioro del ambiente, no se hayan obtenido los resultados propuestos no debe atribuirse sólo a la necesidad o avaricia de los campesinos, sino también a la negligencia o a la complicidad de las autoridades encargadas de aplicar las leyes", Periódico El Universal, "No más impunidad antiecológica", México, D.F., 6 de junio de 1992, Sección Editoriales, pág. 6.

(556) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Protección Penal del ambiente, Ob. Cit. pág. 277.

La culpa se establece en la siguiente calificación técnico jurídica sobre una apelación con motivo de unos vertidos dañosos por no haber tomado las medidas necesarias para evitarlo:

Audiencia Provincial de la Coruña, S. 26-6-1991. P.: Sr. Cabanas Gancedo. Recurso de Apelación: "puede ser calificada como temerariamente imprudente, pues actuó con omisión voluntaria y maliciosa y con infracción del deber de cuidado, que su cargo y las circunstancias concurrentes le imponían, y creó con ello un riesgo, que era previsible y evitable, que originó el resultado dañoso para la salud pública y el medio ambiente... esta actuación cabe calificarla como altamente compuesta de falta de diligencia, dado que, por sus conocimientos y situaciones en la industria podía saber fácilmente, cuáles podrían ser las consecuencias de no adoptar, con el máximo celo las medidas precisas para evitar un vertido incontrolado, como el elevado grado de infracción y de resultados dañosos, que con relación también a la salud pública y al medio ambiente, podría originar el incumplimiento del deber de cuidado, concretando en la necesidad de eliminar a ultranza la posibilidad de vertidos incontrolados... De lo expuesto se deduce que la calificación técnico jurídica adecuada de los hechos se estima debe ser, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultados contrarios a la salud pública y al medio ambiente, previsto y penado en el art. 565 del Código Penal, en relación con el artículo 347 bis del mismo Código, del que es responsable en concepto, de autor el acusado ..." Octavo Fundamento de derecho de la Audiencia Provincial de la Coruña.

Ahora bien, en los tipos de peligro se pueden manejar algunas

hipótesis (con base en el Código vigente).

1. Dolo de peligro para la salud de las personas.

El dolo del autor abarca la situación de peligro para la vida. Conocer el peligro y seguir actuando con un total desvalor del posible resultado de muerte significa actuar con dolo eventual porque se acepta tal posibilidad, por ejemplo, en el caso de vertidos contaminantes. Tan pronto como el sujeto se da cuenta de que las medidas de control en una industria son insuficientes y que se está generando un riesgo, es cuando el comportamiento se transforma en ilícito si no se corrige o suspenden los vertidos, porque desde ese momento se conoce el alcance de la conducta y se hace dolosa al persistir en unos vertidos cuya ilegalidad y perjudicialidad, ya ha sido advertida (557).

Así, si hay muerte y además peligro para la vida de otros, de acuerdo al art. 71 CPE, habrá que aplicar el art. 407 CPE y el art. 347 Bis CPE, es decir, se trata en el caso concreto de un delito de homicidio y de un delito contra el ambiente.

No debe aplicarse el art. 348 CPE (reclusión menor) porque se privilegiaría a quien mató dolosamente y además lesionó o puso en peligro importantes bienes sociales frente a quien sólo mató dolosamente (558).

2. Culpa consciente de peligro para la vida de las personas.

(557) Audiencia Provincial de La Coruña, Apelación Penal, 30 de enero de 1992, Cuarto Fundamento de Derecho.

(558) Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal, sanción administrativa", Ob. Cit. pág. 97.

Si el sujeto obra con negligencia percatándose del peligro para la vida pero, en forma igualmente negligente, confía en que no se produzca la muerte y si se produce, habrá una comisión culposa y le será aplicable el art. 348 CPE, ya que la muerte se ha causado imprudentemente como consecuencia de un riesgo imprudentemente generado. Esta solución ha sido criticada en el sentido de que resulta una pena de gravedad desproporcionada (Boix, Muñoz Conde, Bustos Ramírez).

3. El peligro doloso con causación de muerte imprudente.

Cuando el dolo del sujeto va dirigido sólo a una creación de riesgo que no abarca el bien jurídico vida y se causa una muerte imprudente, habrá siempre lugar a la agravación prevista en el art. 348 CPE.

3.7.7. Responsabilidad Civil.

La protección penal del ambiente involucra el principio ineludible "quien contamina paga" para los autores de los daños potenciales ya que el costo de evitar un daño debe verse como un costo más de producción.

La responsabilidad civil contribuye a combatir las violaciones al ordenamiento jurídico ambiental. Su vinculación al ambiente deviene desde el momento que las personas cometen actos ilícitos en materia de normativa ambiental y, por tanto, tienen que responder civilmente de lo que han hecho, reparando el daño causado, o mediante la reposición a la situación anterior (559). Este principio ha sido calificado como desincentivador económico y como el más antiecológico de los principios

(559) El derecho ambiental y sus principios rectores, Ob. Cit. pág. 161.

porque el perjuicio ecológico no se puede pagar; como una disposición legitimadora del derecho a contaminar (560); una auténtica "patente de contaminador". Se afirma entonces que para evitarlo, el Tribunal Supremo (7 de diciembre de 1977) ha cuidado de que pueda absorber los perjuicios inherentes a la actividad, no los causados de modo ocasional o esporádico, que deberán dar lugar, como mínimo, a la correspondiente e individualizada indemnización.

Por tanto, al principio "contaminador pagador" hay que emplearlo no en el sentido de aplicar una multa a quien, directa o indirectamente resulte responsable de la infracción ambiental, sino a quien tiene que reparar el daño causado para que éste no se vuelva a producir. "Este principio implica la obligación de restaurar el entorno contaminado o, en su caso, indemnizar los daños y perjuicios; si bien el principio "contaminador pagador" se circunscribe en el marco de la responsabilidad civil, ello no es óbice, para que se pueda acudir a la protección del ambiente mediante la amenaza de sanciones penales o administrativas" (561).

En materia ambiental también se admite la responsabilidad civil solidaria respecto de la persona jurídica que se constituye en sujeto activo, así cuando los directivos no pueden indemnizar por mitad y solidariamente, es válido declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica.

En cuanto a la cuantía de la indemnización a las partes afectadas se

(560) Vid. Martín Mateo, Cit. por TERRADILLOS BASOCO, "El ilícito ecológico, sanción penal, sanción administrativa", Ob. Cit. pág. 89.

(561) Vid. El derecho ambiental y sus principios rectores, Ob. Cit. pág. 177.

hará tomando en cuenta la valoración pericial, por ejemplo, se requiere una valoración pericial del importe económico de las pérdidas, de lo que requieren la o las partes afectadas, para poner en marcha nuevamente sus actividades, cuando han tenido que paralizarse para que funcionen al nivel de explotación y funcionamiento que mantenían antes de la afectación. También la indemnización versará sobre los gastos de los hechos. Todo esto se hará verificando número de empleados, material existente, contabilidad, nivel medio de ingresos líquidos que se habrían de obtener desde la fecha de su cierre hasta la fecha de la sentencia si hubiere tenido un funcionamiento normal. Inclusive, también se tomarán en cuenta las deudas que pudieran haber contraído las partes afectadas y el pago de costas procesales que hayan tenido que erogar (todo ello en cumplimiento del art. 19 del CPE y del art. 22 CPE).

3.7.8. Reacciones Estatales y Multa

Veamos, en España, la normativa sancionadora es heterogénea ubicada en legislaciones sectoriales. Se aplican medidas de carácter personal como real, restitutorias como indemnizatorias, alternativas y acumulativas. Por ejemplo, la Ley de Costas, que conoce la multa de hasta 200.000.000 de pesetas, restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, paralización de las obras, indemnización de daños y perjuicios, caducidad del título de autorización o concesión, inhabilitación para ser titular de concesiones y autorizaciones en el plazo de tres años y desahucio de quienes ocupen bienes de dominio público. Pero no todo es así, en realidad, se hace un uso frecuente de la sanción pecuniaria, como

ocurre con la Ley del Suelo en su art. 231 que dispone que "cuando el beneficio que resultare de una infracción urbanística fuere superior a la sanción que corresponda, podrá ésta incrementarse en la cuantía equivalente al beneficio obtenido".

Con la multa sólo se corre el riesgo de no obtener el beneficio buscado ilícitamente y la multa es inferior a éste (562), pues no hay duda de que existen sujetos a los que les interese pagar una suma determinada a los perjudicados y luego seguir produciendo el daño, puesto que los beneficios que obtiene siempre serán mayores que la cantidad que debe pagar. Por eso debe fijarse relacionándola con los beneficios económicos logrados o pretendidos por la acción delictiva, de otro modo es sólo un pequeño canon (563) a pagar para obtener cuantiosos beneficios, por lo que tomar como punto de referencia sólo la capacidad económica del directivo autor (art. 63 CPE), contribuye a renunciar a la eficacia preventiva. Sin duda esto no es nada nuevo ya que el Código Penal, en sus artículos 344 Bis d, 349 y 350 siguen esta tendencia.

Ahora bien, el contenido aflictivo de la multa no puede ser transferido por el condenado a un tercero, como el caso de una multa impuesta a la sociedad que afecte al resto de los socios. Con todo, la multa ha demostrado su inidoneidad para esta clase de delinquentes de cuello blanco, en cambio la pena privativa de libertad junto con la publicidad, revela que es la sanción más temida, con un efecto preventivo

(562) Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, El ilícito ecológico, sanción penal, sanción administrativa, Ob. Cit. pág. 93.

(563) Ibidem, pág. 101.

general más elevado que para el común de los delincuentes, siendo así, un instrumento irrenunciable en la lucha contra la delincuencia económica (564).

3.8. LA UBICACION LEGISLATIVA DE LA PROBLEMÁTICA.

1a. Ubicación: La inclusión de preceptos protectores del ambiente en el Código Penal.

Se argumenta a favor de este camino el reforzamiento de los fines preventivo generales en la población y la motivación que significaría para que los juristas vieran con mayor interés esta materia. Ello coadyuvaría a una mejor aplicación de las normas penales.

Se argumenta en contra que se propiciaría un distanciamiento entre derecho penal y derecho administrativo provocándose serios problemas de interpretación.

Ahora bien, es dudoso ese evento preventivo general pues no interesa el lugar en que se sitúen las normas para que tengan eficacia (565).

Por esta primera ubicación se inclina De la Cuesta Arzamendi: "... he de dejar constancia de que, salvo que se demuestre la imposibilidad de

(564) Una Comisión de Fiscales presentará a la Fiscalía General del Estado una propuesta en el sentido de que se impongan multas entre 50.000.000 y 100.000.000 de pesetas para delitos graves contra el medio ambiente.

(565) Ahora, si lo que se pretende es una mayor difusión, la normativa penal de protección del ambiente podría apoyarse en una adecuada tarea de los medios de comunicación.

prescindir de la accesoriedad administrativa en la conformación de los tipos y siempre que, debido a ello, sean de temer importantes dificultades de interpretación... entiendo que la solución preferible es la de la incardinación de estos delitos en el Código Penal como bienes jurídicos autónomos" (566).

La inclusión de los preceptos tuteladores del ambiente y la ordenación del territorio en el Código Penal ha sido la vía seguida en el Derecho Penal Español tanto por el Proyecto de Ley Orgánica de 1980, como por la nueva Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, lo mismo ha hecho la Reforma Penal de 1983 (L. O. 25 de junio).

2a. Ubicación: La inclusión de preceptos protectores del ambiente en una Ley General del Ambiente.

Se prefiere la inclusión de los preceptos penales junto a la correspondiente regulación administrativa, y como capítulo de una Ley General del Ambiente que lo proteja desde todas las perspectivas jurídicas, como sanción de ultima ratio a sus infracciones. De hacerse así se evita el "non bis in idem" entre sanciones penales y administrativas, presentándose así, claramente, aquellas infracciones que merecen sanción administrativa y aquellas dignas de criminalizarse (567).

(566) DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., "Protección penal de la ordenación del territorio y del Ambiente", Ob. Cit. pág. 175 y ss.

(567) J. M. RODRIGUEZ DEVESA prefiere remitir el ambiente a la legislación penal especial. Vid. Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 1983, pág. 1184; J.M. PERIS RIERA opta por una Ley General el ambiente. Vid. "Delitos contra el medio ambiente", Valencia, 1984, pág. 49.

3a. Ubicación: La adición de disposiciones de carácter penal a las diversas normativas sectoriales reguladoras del régimen de estos bienes jurídicos.

Este camino sigue la legislación francesa al tipificar a través de las leyes sectoriales que, al lado de las correspondientes normas de carácter administrativo y procesal, *recogen disposiciones penales, lo que determina* la existencia de diversos cuerpos normativos. De igual forma la legislación italiana sigue esta tutela sectorial en la inserción de disposiciones de carácter penal, definidoras de contravenciones, en las normas reguladoras de los elementos ambientales o factores dominantes.

La elección de cualquiera de estos tres caminos en la ubicación de la protección penal del ambiente es importante, pero lo decisivo es la elaboración de tipos y una auténtica voluntad de aplicación de los mismos.

Los tipos delictivos que se creen deben considerar la protección del ambiente de manera directa y fundamental pero sin olvidar que el Derecho Penal es "ultima ratio", es decir, sólo para ataques graves al ambiente, castigándose la forma dolosa y la culposa, evitando que se carguen las sanciones pecuniarias a los gastos derivadas de costo de producción. Sin olvidar regular la problemática de las personas jurídicas y de los funcionarios partícipes.

3.9. CRIMINALIZACION LEGAL DE CONDUCTAS ATENTATORIAS DEL AMBIENTE. CRITERIOS DE ELABORACION. UNA PROPUESTA.

La norma penal protectora del ambiente es necesaria e imprescindible y, aunque su función sólo sea secundaria y auxiliar al reforzar preceptos administrativos, hoy más que nunca se necesita su intervención en los atentados más graves a este bien jurídico.

Debe seguir el camino de la unidad, la sistematización y la congruencia, dado el mandato específico de su tutela en la Constitución Española. De allí que sea un bien jurídico exclusivo. Exclusividad a la que hay que inclinarse al menos en los tipos básicos. El bien jurídico ha de ser protegido de modo directo y principal pero también de modo indirecto o complementario en determinadas figuras agravadas en que se defienden otros valores o intereses conexos con el ambiente, como la vida de hombres concretos, su integridad corporal, la salud pública, el patrimonio, etc. (568).

A continuación se exponen una serie de criterios que buscan servir de propuesta en la criminalización legal de conductas atentatorias del ambiente:

- 1o. Lo primero que debe delimitarse es el ámbito material definido

(568) Como apunta Rodríguez Ramos, elaboración de normas cualificadoras (agravación) para la resolución de los concursos materiales y formales (reales o ideales) de los delitos y, si no fuera suficiente, entonces valdría la pena la inclusión de la cualificación por el resultado, sea por general lesión o mero peligro para el bien jurídico. Vid. Alternativas a la protección penal del ambiente", Ob. Cit. pág. 151.

ya en la norma administrativa.

Jurídicamente el ambiente es un conjunto de recursos naturales:

AMBIENTE

Ámbito material

1. Áreas aisladas o conjuntamente consideradas:
 - atmósfera
 - aguas: continentales, marinas, superficiales y subterráneas.
 - Suelo
 - Espacios naturales o zonas protegidas.
 2. Otros sectores no espaciales:
 - Fauna
 - Flora
 - Gea o suelos.
 3. Elementos contaminantes:
 - Residuos: en general y tóxicos o peligrosos en particular
 - Ruidos y vibraciones
 - Olores
 - Radiaciones ionizantes y energía nuclear
 - Fuego
 - Hidrocarburos
 - Materiales peligrosos (explosivos, venenos, plaguicidas, etc.).
- Es un bien jurídico complejo por lo que la descripción típica será

necesariamente pluriofensiva.

Por tanto incluye todos los recursos naturales y la explotación prudente de los mismos.

2o. OBJETIVO DEL PODER PUBLICO:

- Control de la explotación (prudente) de los recursos naturales.
- Evitación de acciones contaminantes más allá de lo tolerable cuando se usan los recursos como receptores de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de emisiones de radiaciones ionizantes.

3o. Finalidades

- Mejoramiento y conservación del ambiente.
- Mejoramiento de la calidad de vida.

4o. Etiología:

- Falta de educación ambiental.
- Ausencia de conocimiento del problema ambiental o de sensibilidad.
- Ánimo de lucro.
- Inercia de una situación anterior por el elevado costo de medidas correctoras.
- El azar.
- La imprudencia u omisión.
- Negligencia de funcionarios públicos.
- El dolo.

5o. Política General Ambiental

Política Preventiva Administrativa: Objetivo: Protección y restauración del ambiente:

- investigación
- educación
- actividad de policía administrativa. (control previo, autorizaciones, licencias, aprobaciones).

Medidas de estímulo: - exenciones y bonificaciones fiscales.
 - créditos especiales.
 - subvenciones de algún caso extremo.

Toda acción previa: - estudios de impacto ambiental en proyectos públicos y privados.

Política Criminal. Finalidad: Auxilio y protección de la normatividad de la administración pública y su acción preventiva.

Fórmulas legislativo penales en coordinación con medidas no penales ambientales.

6o. Técnica legislativa.

- El tipo básico ha de ser de peligro.
- Por seguridad y eficacia jurídica debe implementarse la técnica legislativa de tipo penal en blanco.
- Elaboración de tipos legales culposos junto con los dolosos.

- Inclusión de la omisión.
- Responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Responsabilidad penal de los servidores públicos.
- Las cualificaciones o agravaciones también han de referirse a los comportamientos atentatorios del ambiente en las zonas especialmente protegidas y a los productos o actividades particularmente peligrosos.

7o. Aspectos procesales:

- Evitación del bis in idem a través de previsiones de coordinación procesal y sustantiva en la aplicación de la ley penal.
- Acción popular para denunciar la existencia de fuentes agresoras del medio ambiente a que ha de referirse la normativa ambiental y que pueda ejercitarse por cualquier persona.
- Medidas cautelares como suspensión o cierre de actividades o instalaciones durante el proceso.
- Auxilio de la administración pública para peritajes y verificaciones.

8. Seguridad jurídica y eficacia:

- Proteger el ambiente, reforzando bajo amenaza de pena los mandatos de la legislación y de la autoridad administrativa y aprovechando las determinaciones cualitativas, de medida y de valoración contenidas en tales disposiciones para hacer efectiva la

protección penal.

- Inclusión de elementos normativos en los tipos legales que se constituyen como tipos en blanco cuya determinación se hará mediante referencias a leyes y reglamentos no penales.
- Cooperación entre los poderes públicos y la Fiscalía General del Estado (cabe esperar desde la actuación del Ministerio Fiscal hasta la sentencia, una investigación en donde se extremen competencias y se colabore con la administración ambiental a fin de eliminar impunidad).

PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE

Bien Jurídico

- Ámbito material:
1. Áreas aislada o conjuntamente consideradas:
Atmósfera
Aguas: continentales y marinas, superficiales y subterráneas.
Suelos
espacios naturales o zonas protegidas.
 2. Otros sectores no espaciales.
Fauna
Flora
Gea o suelos.

Objetivo del poder público: Utilización racional de recursos naturales (art. 45,3 C.E)
La utilización de los elementos naturales, en forma que resulte eficiente, socialmente útil y procure su preservación y la del ambiente.

Derecho Penal accesorio.
Derecho Penal accesorio que no descuida, sino refuerza la relación existente entre equilibrio ecológico, medio ambiente y desarrollo. Con prevención general y eficacia de aplicación que evite y resuelva, respectivamente, las disputas sobre el ambiente.

I
Elementos contaminantes.
Agresiones al medio ambiente:
Residuos: tóxicos o peligrosos
Ruidos y vibraciones
Olores
Radiaciones ionizantes y energía nuclear
Fuego
Hidrocarburos
Materiales peligrosos (explosivos, venenos, plaguicidas)

II
Utilización Irracional de Recursos Naturales.

Actividades
Acciones contaminantes más allá de lo tolerable cuando se usan los recursos como receptores de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de emisiones, radiaciones ionizantes, térmicas o lumínicas, nucleares, etc., susceptibles de generar riesgos.

Actividades
Prácticas depredadoras y aceleramiento del desgaste de algunos recursos no renovables a través de su uso superfluo, así como uso irracional de recursos renovables que se agotan por su explotación inadecuada: suelos agrícolas erosionados, disminución de mantos acuíferos, pérdidas de especies de plantas y animales, sedimentación, tala inmoderada, etc.

ELEMENTOS CONTAMINANTES

TIPOS LEGALES

Al que provoque, permita o no evite emisiones, radiaciones, vertidos de cualquier naturaleza en la atmósfera, el suelo, o aguas terrestres o marítimas que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones, en contravención a lo dispuesto en leyes o reglamentos protectores del medio ambiente.

AGRAVACIONES

Cuando las emisiones, radiaciones o vertidos se lleven a cabo en un centro de población o en sus inmediaciones, en masas de agua o áreas naturales protegidas se impondrá la pena superior en grado y multa.

CONTAMINANTES

También se impondrá la pena superior en grado si las conductas descritas en el apartado anterior originaren un riesgo irreversible o catastrófico.

Quien en contra de disposiciones reglamentarias genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica aptas para dañar la salud, la flora o la fauna o los ecosistemas.

Materiales y residuos:

Quien sin autorización o contraviniendo los términos en que ésta fue concedida, fabrique, transporte, distribuya, comercie, almacene, use, recicle, recolecte, trate o en general realice actos con materiales venenosos, explosivos o radiactivos que puedan causar graves daños a la salud, el agua, aire, suelo, fauna y flora.

Al que sin autorización o violando disposiciones reglamentarias establezca depósitos o vertederos de residuos peligrosos que contengan venenos, agentes patógenos, explosivos, autoinflamables, altamente radioactivos o que dada su naturaleza y cantidad sean capaces de ocasionar graves daños a la salud y a los ecosistemas.

Exportación e importación.

A quien sin autorización o contraviniendo disposiciones reglamentarias importe o exporte materiales o residuos peligrosos capaces de ocasionar graves daños a la salud, el agua, aire, suelo, fauna y flora.

Energía nuclear:

Quien sin la correspondiente autorización o contraviniendo las normas de seguridad nuclear, explote una institución técnico nuclear, un buque o aeronave nuclear.

El que libere energía nuclear capaz de ocasionar daño a la salud de las personas o a los ecosistemas.

Al que sin autorización conserve, transporte, importe o exporte combustibles nucleares capaces de ocasionar daño a la salud de las personas o a los ecosistemas.

II

UTILIZACION IRRACIONAL
DE
RECURSOS NATURALES

Las perturbaciones ecológicas como la erosión, la reducción de la fertilidad de los suelos, la deforestación, la modificación del paisaje, la alteración climática e hidrológica, la disminución de la fauna, la disminución de la flora, la desertización, son verdaderos atentados a los recursos naturales.

TIPOS LEGALES

"A quien sin autorización o contraviniendo disposiciones reglamentarias, practique excavaciones en los suelos, capte aguas, modifique su curso o las elimine".

"A quien sin autorización o contraviniendo disposiciones reglamentarias, deseeque lagunas, marismas, pantanos u otras zonas acuosas".

"A quien sin autorización o contraviniendo las disposiciones reglamentarias tale árboles".

"Al que capture, dañe o prive de la vida especies protegidas, recolecte, comercialice en cualquier forma, sin autorización o dificulte su reproducción".

"A quien capture especies declaradas en veda sin autorización de la autoridad competente".

"Si los comportamientos descritos se llevaran a cabo con venenos, medios explosivos o cualquier otro medio de eficacia destructiva".

"El que en montes y masas forestales cause incendios de tal gravedad que se deriven grandes efectos erosivos en los suelos o que se alteren significativamente las condiciones de la vida animal o vegetal".

"Al que use sin autorización el suelo para actividades agropecuarias que puedan causar desequilibrio ecológico".

"Aprovechamiento no autorizado de las especies de flora y fauna silvestre y acuática que se encuentre en áreas naturales protegidas".

Áreas naturales protegidas

Son las zonas de un territorio nacional y aquellas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, en que los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del hombre y que han quedado sujetas al régimen de protección.

III

<p style="text-align: center;">FUNCIONARIOS PUBLICOS TIPOS LEGALES</p>
--

"Los funcionarios o facultativos que autoricen licencias de funcionamiento a industrias o a otra clase de instalaciones sin reunir lo exigido en leyes y reglamentos administrativos, sea por proporcionar información falsa o por silenciar la infracción de tales normas".

"Los funcionarios o facultativos que otorguen autorizaciones relativas al uso del suelo para actividades agropecuarias, forestales y primarias en general, que puedan causar desequilibrios ecológicos, sea por proporcionar información falsa o por silenciar la infracción de leyes y reglamentos administrativos".

"Los funcionarios o facultativos que otorguen asignaciones, concesiones, autorizaciones o permisos para el uso, explotación y aprovechamiento de aguas de propiedad nacional, sea por proporcionar información falsa o por silenciar la infracción de leyes y reglamentos administrativos".

"Los funcionarios o facultativos que otorguen permisos y autorizaciones de aprovechamiento forestal sea por proporcionar información falsa o por silenciar la infracción de leyes y reglamentos administrativos".

"Los funcionarios o facultativos que otorguen concesiones, permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de las especies de flora y fauna silvestres y acuáticas sea por proporcionar información falsa o por silenciar la infracción de leyes y reglamentos administrativos".

IV

SANCIONES

PERSONA FISICA

Persona física:

- Privativas de libertad.
- Pecuniarias: relacionando la cuantía con el patrimonio de la persona o entidad sancionando a fin de que no se computen como gastos derivados de costos de producción.
- Inhabilitaciones para cargo, profesiones y oficio.

PERSONA JURIDICA

a) La Multa (569).

b) Intervención en la dirección. Puede consistir en el establecimiento de un sistema de disciplina interno en la empresa fijado por un grupo de expertos.

c) Servicio comunitario. Consiste en requerir a la empresa penalmente responsable para que emprenda una obra socialmente útil y a

(569) Se sabe que sólo es incluida en los costos-beneficios haciendo que la persona jurídica se vea tentada a violar la ley pues la considera como un negocio.

la que está capacitada por ser del tipo de las que normalmente ejecuta a través de su quehacer habitual.

d) Publicidad adversa. Consiste en publicar en la prensa diaria la condena contra la persona jurídica (570).

e) Facilidades indemnizatorias. Requiriendo a la persona jurídica para que adopte las medidas pertinentes con el fin de facilitar la provisión de compensación e indemnización a las víctimas de su acción delictiva (571).

f) Reparación indemnizatoria adecuada cuando no hay disolución de la persona jurídica a la que debe imponérsele la creación de medidas de prevención que impidan lesiones y efectos nocivos posteriores. Esto por supuesto cuando se trata de daños consecuentes que agravan los ya causados, de difícil pronóstico en su determinación cuantitativa, pero susceptibles de ser detectados y corregidos, con la adopción de medidas adecuadas que integran el cuerpo económico indemnizatorio (572).

g) Clausura temporal o definitiva del establecimiento.

h) Disolución de la empresa y prohibición de que se vuelvan a constituir como tal con otra denominación social.

(570) Es tipo de sanción ampliamente admitido porque afecta el prestigio y éxito financiero de la persona jurídica ya que la Sociedad tiene auténtico pavor de los resultados a los que la está llevando su civilización industrial.

(571) Son sanciones penales porque cumplen un cometido penológico dadas las características contenidas en las personas jurídicas.

(572) No se puede ocultar que la eliminación de efectos nocivos para la naturaleza requieren instalaciones industriales adicionales que a su vez exigen inversiones de magnitud y, como consecuencia, se afectan las necesidades de consumo con un elevado precio al producto.

FUNCIONARIO PUBLICO

- Sanción privativa de libertad. (las mismas que correspondan al delito de que se trata).
- Inhabilitaciones especiales para empleo o cargo público.
- Multa.

CULPA

Los comportamientos contra el ambiente se sancionarán con la pena inferior en uno o dos grados cuando se hubieren cometido por imprudencia grave.

Otro tipo legal:

Al que reiteradamente se niegue a restaurar los daños producidos por cualquiera de las conductas descritas.

3.10. ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992.

El Anteproyecto de Código Penal de 1992, dedica un capítulo específico al ambiente a continuación de los delitos contra la Ordenación del Territorio, con los que forma un único título. Así, los preceptos dedicados al ambiente están en el Libro II, en el Título XIII, "De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca" y, concretamente en el capítulo II: "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente".

Art. 305 ANCP 1992: 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, radiaciones, vertidos o vibraciones de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

2. Se impondrá la pena superior en grado si la industria o actividad funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma, o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de las penas que pudieran

corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos descritos en el apartado primero de este artículo originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

3. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal, sin que pueda exceder de cinco años, o definitiva de la industria, actividad, establecimiento o empresa".

A partir del art. 305 ANCP 1992 se puede derivar un tipo básico con tres elementos: la conducta típica, la necesidad de infracción administrativa y un poder perjudicar gravemente.

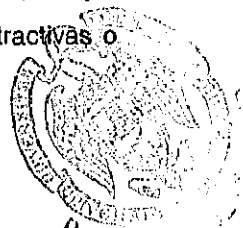
La conducta se compone de:

- provocar o realizar directa o indirectamente.
 - emisiones, radiaciones, vertidos o vibraciones de cualquier clase.
 - en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas.
 - la contravención a leyes o reglamentos protectores del ambiente
- (es elemento del injusto, de no existir, la conducta será atípica).

- poder perjudicar gravemente la salud de las personas, o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

- se amplía la conducta típica ya que las radiaciones y las vibraciones se agregan a esta figura.

El bien jurídico "ambiente" sigue dominado por el criterio de proteger sólo algunos sectores del ambiente y olvida las actividades extractivas o



explotadoras de recursos naturales que se llevan a cabo en forma excesiva y centra la atención en elementos contaminantes.

El art. 305 ANCP 1992, introduce dos nuevas conductas: la provocación o realización de radiaciones o vibraciones. Con ello se crea un precepto complejo y vago en cuanto a la determinación de la conducta.

La redacción del Anteproyecto exclusivamente se refiere a conductas que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas o las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles. Ya no aparece la expresión "peligro" del Código vigente y se deja que los tribunales comprueben la peligrosidad de la acción, tal vez sea un requisito que dificultaría su aplicación práctica, un requisito tal vez superfluo, si se considera que todas las conductas que infringen leyes o reglamentos protectores del medio ambiente son peligrosos para él (573). De todas formas la puesta en peligro grave es un elemento valorativo a precisar e interpretar por los tribunales.

Las figuras agravadas se observan en el art. 305 párrafo segundo y son dos: las conductas clandestinas de desobediencia u obstaculizadoras de la industria o de cualquier otra actividad y el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. En el primer caso el sujeto activo no sólo lo es la industria sino cualquier actividad que sea contra el ambiente y con ello se supera la crítica de que sólo la industria es sujeto activo de una agravación como ocurre en la legislación vigente. Las hipótesis son:

- industria o actividad que funcionen clandestinamente sin haber

(573) Vid. RODRIGUEZ ARIAS, Antonio, Ob. Cit. pág. 296.

obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa.

- industria o actividad que hubiesen desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante.

- industria o actividad que aporte información falsa.

Las medidas o sanciones que contempla son esencialmente personales como privación de libertad, multa e inhabilitación.

Se observa aumento de punibilidad. No se contempla sólo el arresto mayor, pues el máximo es de cuatro años. Aumento notable pues hay mayor rigor penal.

Llama la atención el nuevo contenido de la multa que es de ocho a veinticuatro meses. Tomando en cuenta que el art. 46.2 del Anteproyecto le da una extensión en la cuota mensual de 10.000 a 1,000,000 de pesetas. Un aumento en comparación con la vigente de 175,000 a 5000,000 de pesetas.

Se introduce la inhabilitación por tiempo de uno a tres años. Posición que refleja ya una determinación que existía en la PANCP de 1983.

En materia de responsabilidad civil se declara para personas jurídicas en el art. 120, 3a y 4a.

También hay medidas administrativas que consisten en la clausura temporal o definitiva de la industria, actividad, establecimiento o empresa.

En lo relativo a la clausura temporal, el Anteproyecto señala un tope máximo de cinco años al cierre de la industria, actividad, establecimiento o empresa (art. 133). De igual forma la disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión de actividades no superior a cinco años (art. 133 c), prohibición de realizar en el futuro actividades (574).

Sujetos activos: funcionarios o facultativos.

Se amplían las hipótesis de sujetos activos a los funcionarios o facultativos. Así se expresa en el art. 306 PANCP 1992:

Art. 306 PANCP: "Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo anterior hubieren obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquélla sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la

(574) Art. 133.- 1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, podrá imponer las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el apartado a) y la suspensión señalada en el apartado c) del párrafo anterior podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

infracción de aquellas normas, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa, y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años".

Como se ve, se refiere a licencias que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades en las condiciones causantes de la contaminación y contra leyes o reglamentos y tres son los comportamientos de los funcionarios o facultativos:

- Que hubieren informado favorablemente el proyecto.
- Hubieren expedido indebidamente licencias.
- Con motivo de inspecciones silencien la infracción de leyes o reglamentos.

Es un avance considerar sujetos activos a funcionarios o facultativos y asignarles las mismas penas de prisión y multa, más la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 8 a 12 años, pero esto sólo se refiere a la contaminación, con lo que se limita la protección penal, pues deja impune, por ejemplo, la explotación irracional de recursos naturales que se lleva a cabo con licencias antirreglamentarias.

En cuanto a la energía nuclear el Anteproyecto tiene el acierto de tipificar los eventos antisociales relativos a la energía nuclear (arts. 316 a 319) y lo hace a través de tipos de peligro, pero llama la atención que los ubique bajo el título "Delitos contra la seguridad colectiva" cuando algunos de ellos pueden causar daños potenciales al ambiente. Sin embargo, la situación quizá quede solventada en una adecuada interpretación del art. 305 del mismo Anteproyecto, que prevé entre las conductas típicas

"emisiones y radiaciones de cualquier clase" que coinciden con los verbos típicos de "liberar energía" y "radiaciones ionizantes" de los delitos relativos a la energía nuclear.

Tómese en cuenta que en la legislación vigente no aparece la radiación como comportamiento típico, configurándose como un acierto del Anteproyecto su inclusión.

En fin, siguiendo con la interpretación, evidentemente las "emisiones" y "radiaciones" provienen del mal empleo de energía nuclear y ponen en riesgo también el ambiente, por lo que lo adecuado hubiera sido incluir los tipos relativos a la energía nuclear en los delitos contra el ambiente a la manera de la legislación alemana (575) ya que de todas maneras son "emisiones y radiaciones" las que se producen al liberar energía o al que, sin la debida autorización, pone en explotación un dispositivo que genere precisamente, radiaciones ionizantes. Tal vez lo que se quiere evitar es una pluralidad de tipificaciones que considere los diversos sectores del ambiente y los agentes contaminadores tal y como ocurre en la vigente ley alemana. Tendencia que demuestra el Anteproyecto con la inclusión de un único tipo general para todas las agresiones contra el ambiente. Pero cabe otra observación, si la energía nuclear es un agente contaminador del ambiente por las radiaciones que puede producir, cómo es posible que la "radiación" del art. 305 PANCP,

(575) DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., "La Ley Alemana de Reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, EDESA, Madrid, No. 18, 1982, pág. 657.

que indudablemente abarca la liberada por energía nuclear, se sancione con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, en tanto que la prevista en el art. 316, para el tipo relativo a la energía nuclear sea de 15 a 20 años. Lo mismo cabe decir de la inhabilitación:

Art. 316 PANCP 1992: "El que libere energía nuclear que ponga en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años".

Más vale crear una pluralidad de tipificaciones y equilibrar punibilidades.

Finalmente es de llamar la atención que, mientras en la legislación alemana, los tipos relativos a la energía nuclear son incluidos en los delitos contra el ambiente, en la PANCP 1992, no se considera para nada que la energía nuclear tenga algo que ver con el ambiente y sí en cambio con la seguridad colectiva.

DESECHOS

En atención a los agentes contaminadores, un acierto lo constituye el considerar delito:

Artículo 307.- "Serán castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o de multa de doce a veinticuatro meses o con ambas penas, según la gravedad de la conducta, quienes establecieren depósitos o vertederos de

desechos o residuos sólidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito".

En el texto del art. 307 se habla en realidad de basureros clandestinos con una benéfica punibilidad (arresto de doce a veinticuatro fines de semana o de multa de doce a veinticuatro meses). Intenta la prevención general, no ve que tal clandestinidad puede generar una verdadera bomba de tiempo, veamos:

Hay que partir de lo que se entiende por residuo y más aún de sus clases, como una vía de medir la intensidad de la sanción penal, descartando de antemano los veinticuatro fines de semana y/o los veinticuatro meses de multa. Así, un residuo es: cualquier material generado en los procesos de extracción, beneficio, transformación, producción, consumo, utilización, control o tratamiento cuya calidad no permita usarlo nuevamente en el proceso que lo generó (576). En tanto que residuos sólidos urbanos son aquellos que se generan en casas habitación, parques, jardines, vías públicas, oficinas, mercados, comercios, bienes muebles, demoliciones, construcciones, instituciones, establecimientos de servicio y en general todos aquellos generales que no requieren técnicas especiales para su control (577). Pero también hay residuos que sí requieren control y cuando de manera clandestina se depositan o vierten, generan no sólo peligro a las personas o sus bienes,

(576) Ley del Equilibrio Ecológico, México, art. 3o., XXVI.

(577) TURPIN MARION, Sylvie, "El manejo de los residuos sólidos municipales", en Ecología urbana. Perspectivas y testimonios, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, pág. 13.

sino también al ambiente, son daños potenciales que pueden ser de magnitudes impredecibles. Son residuos peligrosos: "todos aquellos residuos, en cualquier estado físico que por sus características corrosivas tóxicas, venenosas, reactivas, explosivas, inflamables, biológicas, infecciosas o irritantes, que representan un peligro para el equilibrio ecológico o el ambiente" (578).

Piénsese en la magnitud del daño que puede (peligro) causar en las personas o en el ambiente el vertido clandestino de residuos portadores de gérmenes de enfermedades epidémicas y contagiosas para los seres humanos y la fauna; y qué decir de los residuos explosivos, inflamables, radioactivos o de aquellos susceptibles de contaminar durante largo tiempo o de provocar alteraciones nocivas del agua, del aire o del suelo ¿merecen una sanción que en su grado máximo no pase de arresto de 24 fines de semana o de multa de 24 meses?

El art. 307 de la PANCP 1992 cae en la benignidad absoluta.

En la legislación alemana (579) no sólo se trata lo relativo al depósito o vertedero clandestino de este tipo de residuos sino también su tratamiento y eliminación clandestino.

(578) Ley del Equilibrio Ecológico, México, art. 3o., XXVII.

(579) Parágrafo 326. Eliminación de residuos peligrosos para el ambiente:
 1. Que contengan o puedan producir venenos o agentes patógenos, susceptibles de causar enfermedades que constituyan un peligro común o contagiosas para las personas o animales; 2. Con peligro de explosión, autoinflamables o que no sean escasamente radiactivos; 3. Que por su condición, naturaleza o cantidad sean susceptibles de contaminar duramente el agua, el aire o el suelo o de alterarlos perjudicialmente de cualquier otro modo. Será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o multa.

Finalmente, el art. 307 PANCP de 1992 excluye los residuos agropecuarios y forestales.

El art. 308 se refiere a quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

El art. 308 acierta al referirse a la existencia de zonas especialmente protegidas sólo que la protección penal es tibia ya que no se le incluye como conducta agravada.

Un acierto es incluir en el texto del art. 309 del Anteproyecto del Código Penal de 1992, la versión culposa y sólo en su forma grave obviando la leve, en función de no incrementar la inflación punitiva como base de una intervención mínima estatal.

Art. 309 PANCP 1992: "Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave".

Abandona el Anteproyecto una fórmula genérica como la del vigente 565 CPE e incluye un precepto específico como este art. 309 PANCP lo que produce un cambio, mismo que se expresa en el art. 11 PANCP: "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley".

En el art. 310 PANCP se establece la facultad a jueces o tribunales

de ordenar las medidas cautelares necesarias para la protección de los bienes ambientales (580).

Llama la atención que en un capítulo diferente al medio ambiente se creen figuras delictivas como la caza y la pesca, a pesar de que la fauna es uno de los sectores del ambiente, por eso no debe estar en un capítulo aparte. Sin embargo, debe reconocerse que al mismo tiempo que se protege el correcto desarrollo de estas actividades, se protege también el medio ambiente ya que este tipo de figuras coadyuva al equilibrio ecológico.

De igual forma se introduce una sección específica destinada a incendios forestales, apreciando la gravedad del daño que este tipo de incendios causa al ambiente (art. 325,2a.), el que el incendio "altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal" (art. 325,3a.), "en todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados" (art. 325,4a.). Esto pone de relieve una especial consideración al ambiente como bien autónomo. Llama la atención su ubicación en "Delitos contra la seguridad colectiva" y no en el capítulo dedicado al ambiente. Más aún, si se considera que el fuego es un elemento contaminante entonces ¿por qué no incluirlo en la regulación penal que del ambiente se hace?. Ante esto, se ha de concluir igual que en el punto anterior: indirectamente se beneficia también el medio ambiente.

(580) Por ejemplo, clausura temporal o suspensión previstas en el art. 133 PANCP 1992. Vale comentar que aunque el Anteproyecto no obliga a cumplir con medidas de restauración, los tribunales cuentan con otros mecanismos para hacer cumplir las medidas de restauración.

Finalmente, falta regular en las figuras contra el ambiente la contaminación por ruido.

3.11 HACIA UNA DESCRIMINALIZACION DE HECHO.

Existe en Estados Unidos una institución importante: "Plea Bargaining". Ello en el ámbito penal, resultado de la necesidad de superar un sistema procesal absolutamente congestionado. Consiste en un acuerdo parecido a los pactos o arreglos anteriores a juicio en los casos civiles. Un diálogo anterior a la vista en juicio entre la acusación y la defensa buscando una solución intermedia. El acusado reconoce su responsabilidad siempre y cuando la acusación se comprometa a lograr una reducción de penas.

En materia ambiental ésta no es vista con buenos ojos y así se leen expresiones como la siguiente: "Esto desnaturaliza el proceso penal y destruye la efectividad de la protección, amén de que se convierte el Derecho Penal ambiental en desproporcionado y violatorio del principio de igualdad" (581).

Pues bien, en materia ambiental y para las conductas de ínfima gravedad, dejaría sin efecto algunos de los tipos legales que se creen. Pero esto no es aconsejable para las conductas graves, pues se dejaría sin protección penal el ambiente ya que su aplicación sería del todo imposible. No se debe dejar abierta la puerta a posibles privilegios.

(581) VERCHER NOGUERA, Antonio, "Comentarios al Delito Ecológico", Ob. Cit. pág. 108.

Otro punto importante es evitar prácticas de corrupción que generen una verdadera descriminalización de hecho en materia ambiental. Si los delitos tradicionales graves se persiguen penalmente, entonces éstos, que también son graves, no se pueden, ni deben arreglar con corruptelas, haciendo caso omiso del daño que se causa al ambiente con actividades que permanecen durante años.

Así, la intervención penal pierde eficacia y se da el efecto contraproducente: "huir hacia el Derecho Penal castigando penalmente una conducta sin que tan aparentemente definitiva y rotunda solución tenga luego eficacia" (582).

En suma, es importante la inclusión en el Código Penal de normas ambientales o la creación de una Ley General del Ambiente; o bien, la aceptación de los tipos de peligro, la inclusión o exclusión de normas penales en blanco, el empleo del casuismo como mala o buena técnica legislativa, la sanción penal a particulares y personas morales. Todo es importante, pero igual importancia tiene la efectiva aplicación de la normativa, tanto administrativa como penal; porque la degradación del ambiente no es inminente, es ya una realidad y no admite componendas, propias más de la barbarie que de la civilización del nuevo milenio, que ha de pugnar porque exista correspondencia entre la criminalización legal y la criminalización de hecho.

(582) RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Protección Penal del Ambiente", Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Público, Tomo I, Madrid, EDERSA, 1982.

3.12 LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE EN MEXICO.

El artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo sexto, establece:

Art. 25 C: "Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente".

Como se ve existe una disposición constitucional en torno a la conservación del ambiente, misma que, a través de una Ley Reglamentaria se busca alcanzar. Esta es la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (583). Que se refiere a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al Ambiente en el territorio nacional y las zonas sobre las que la Nación ejerce su soberanía y jurisdicción, buscando defender los principios de la política ecológica general y regular los instrumentos para su aplicación.

Busca la preservación, restauración y el mejoramiento del ambiente a través de la protección de las áreas naturales, de la flora y fauna silvestre y acuática. También el aprovechamiento racional de los elementos naturales de manera que sea compatible la obtención de beneficios económicos con el equilibrio de los ecosistemas. De igual forma persigue la prevención y el control de la contaminación del aire,

(583) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de enero de 1988.

agua y suelo. Todo ello con la concurrencia del Gobierno Federal, de las entidades federativas y de los municipios, en la materia y la coordinación entre las diversas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como la participación corresponsable de la Sociedad, en las materias que fija el ordenamiento.

En dicho Ordenamiento se entiende por Ambiente: "el conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio y tiempo determinados" (Artículo 3o. LGEEPA).

El panorama de la afectación del Ambiente aparece en el marco de esta Ley de Protección Ambiental que enfrenta los embates de la industria, de los vehículos automotores, de la acumulación de basura, de la deforestación, del uso no controlado de insecticidas, proyectando todo el proceso contra el trasfondo del desarrollo y, en algo más importante, la salud humana.

En el panorama mexicano los efectos de esta degradación ambiental hace difícil individualizar el daño, la víctima y las personas responsables.

Esta ley, contempla tipos de peligro y daño.

Destaca la sanción que puede llegar a nueve años para la realización de actividades riesgosas, ello previsto en el artículo 183:

Art. 183 LGEEPA: "Se impondrá pena de tres meses a seis años de prisión y multa por el equivalente de 100 a 10 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal,

al que, sin contar con las autorizaciones respectivas o violando las normas de seguridad y operación aplicables... realice, autorice u ordene la realización de actividades que conforme a este mismo ordenamiento se consideren como riesgosas, que ocasione graves daños a la salud pública, la flora o la fauna o los ecosistemas. Cuando las actividades consideradas como riesgosas a que se refiere el párrafo anterior, se lleven a cabo en un centro de población, se podrá elevar la pena hasta tres años más de prisión y la multa hasta 20 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal".

Así, en el artículo 184 LGEEPA, nuevamente se subordina la existencia del delito a una autorización administrativa debidamente expedida, al tiempo que se establecen conductas tanto de daño como de peligro:

Artículo 184 LGEEPA, párrafos 1o. y 2o.: "Se impondrá pena de tres meses a seis años de prisión y multa por el equivalente de 1000 a 20 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al que sin autorización de la Secretaría o contraviniendo los términos en que ésta haya sido concedida, fabrique, elabore, transporte, distribuya, comercie, almacene, posea, use, reüse, recicle, recolecte, trate, deseche, descargue, disponga o en general realice actos con materiales o residuos peligrosos que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a la salud pública, a los ecosistemas o sus elementos".

Igual pena se impondrá a quien contraviniendo los términos de la autorización que para el efecto hubiere otorgado la Secretaría importe o exporte materiales o residuos

peligrosos".

Vale la pena mencionar que la legislación mexicana sí prohíbe no sólo la importación sino también la exportación de residuos peligrosos lo que es un verdadero acierto no sólo en materia administrativa sino también en materia penal.

Por otra parte, se utiliza la remisión a una ley especial, es decir, hay una ley penal en blanco en el *párrafo tercero de este art. 184 LGEEPA*:

Artículo 184 LGEEPA: "En los casos en que las conductas ilícitas a que use refiere el presente artículo se relacionen con las sustancias tóxicas o peligrosas a que alude el Art. 456 de la Ley General de Salud, con inminente riesgo a la salud de las personas, se estará a lo dispuesto en dicha Ley".

Ahora bien, frecuentemente aceptada y discutida por la doctrina es la inclusión de sanciones privativas de libertad para quienes autoricen u ordenen indebidamente actividades que dañan, no sólo el ambiente, sino también la salud pública, es la sanción penal a los servidores públicos que incurran en tales actividades, al tiempo que incurren en una omisión al no impedir acciones nocivas. Sus acciones u omisiones están relacionadas con daños consumados y con los llamados delitos de peligro. Tal es el caso del artículo 185 LGEEPA:

Art. 185 LGEEPA: "Se impondrá pena de un mes a cinco años de prisión y multa por el equivalente de 100 a 10 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al que con violación a lo establecido en las disposiciones legales, reglamentarias y normas técnicas aplicables, despidió,

descargue en la atmósfera, o lo autorice o lo ordene, gases, humos y polvos que ocasionen o puedan ocasionar daños graves a la salud pública, la flora o la fauna o los ecosistemas" (584).

La Ley General del Equilibrio Ecológico también permite elevar la punibilidad hasta tres años más cuando se trata de aguas para ser entregadas a centros de población.

Art. 186 LGEEPA: "Se impondrá pena de tres meses a cinco años de prisión y multa por el equivalente de 100 a 10 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al que sin autorización de la autoridad competente y en contravención a las disposiciones legales, reglamentarias y normas técnicas aplicables, descargue, deposite o infiltre o lo autorice u ordene, aguas residuales, desechos o contaminantes en los suelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de jurisdicción federal que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a la salud pública, la flora o la fauna o los ecosistemas.

Cuando se trate de aguas para ser entregadas en bloque a centros de población, la pena se podrá elevar hasta tres años más".

Otra conducta de grave daño -que no peligro- se encuentra en el artículo 187 LGEEPA y nuevamente se está ante conductas que contravienen regulaciones administrativas:

(584) En el glosario de términos incluidos en el artículo 3o. de LGEEPA se entiende por ecosistema la unidad funcional básica de interacción de los organismos vivos entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo determinados.

Art. 187 LGEEPA: "Se impondrá pena de un mes a cinco años de prisión y multa por el equivalente de 100 a 10 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quien en contravención a las disposiciones legales aplicables y rebasando los límites fijados en las normas técnicas genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, en zonas de jurisdicción federal, que ocasionen graves daños a la salud pública, la flora o la fauna o los ecosistemas".

La Ley prevé también sanciones administrativas como: multas, clausuras temporales o definitivas, parciales o totales, suspensión, revocación o cancelación de la concesión, permiso, licencia y, en general, de toda autorización otorgada para la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios, o para el aprovechamiento de recursos naturales que haya dado lugar a la infracción. No olvida el arresto administrativo hasta por treinta y seis horas y la clausura temporal o definitiva, total o parcial (arts. 171 y 172 LGEEPA).

En lo relativo a la persona moral, la Ley en todo momento, cuando establece los delitos se refiere siempre "al que...", como si se tratara siempre de una persona física. Al respecto es oportuno mencionar que la Política Criminal mexicana aconseja la incriminación penal de las personas morales -que contrasta con las legislaciones que consagran el principio de incapacidad jurídico penal de las personas morales- se consagró una extensión de responsabilidad para las sociedades en el art. 11 del Código Penal:

Art. 11 del Código Penal para el Distrito Federal: "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de

una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la Ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

Sin embargo, hay inconvenientes para su aplicación. La magnitud del problema es tal, que aun en aquellos países en los que, como en México se ha consagrado una extensión de responsabilidad para las sociedades en el artículo 11 del Código Penal, subsisten inconvenientes para su aplicación, a tal extremo de que prácticamente no existen precedentes jurisprudenciales (585). Simplemente el número de infracciones perseguidas y sancionadas durante los años 1979, 1980 y 1981, es escaso, por lo que puede decirse que el número de empresas sancionadas por emisión de humos o contaminación de aguas es, en verdad ínfimo. Las Leyes de protección al ambiente no se cumplen por falta de energía de los órganos competentes, por el proteccionismo económico respecto de las empresas nacionales y trasnacionales, por la falta de respuesta de los empresarios a las exhortaciones gubernamentales y por otras razones. Entre estas últimas se encuentran los intereses económicos de las empresas y la consiguiente ineficiencia de

(585) Cfr. FELLINI GANDULFO, Zulita, "Perspectivas jurídicas y criminológicas de la delincuencia económica", Revista A. El Derecho, Normatividad y Legitimidad, Vol. VI, No. 14, enero-abril, 1985, UAM-Azcapotzalco, C. S. H. pág. 57.

los organismos de control y protección del ambiente (586).. Al respecto es oportuno mencionar que "el 80% de la contaminación en aire, suelo y agua es generada por sólo 40 fábricas en el Valle de Toluca, sólo en el Estado de México el 90% de la industria instalada en la entidad carece de métodos anticontaminantes... al respecto, los representantes empresariales afirmaron que se requiere de cerca de 40,000 millones de pesos para instalar equipo anticontaminante que incluya tratadoras de agua residual, basureros industriales y métodos sofisticados para cuidar el aire... no existe un organismo que se dedique exclusivamente a inspeccionar a la industria y aseguró que ese pequeño grupo de empresas son fáciles de detectar pero nadie interviene" (587).

Otro aspecto importante es el relacionado con la culpa. La legislación mexicana a diferencia de la legislación española consagra la culpa como una regla general contenida en la parte general del Código Penal. Es el sistema de cláusulas abiertas que se aplican a todas y cada una de las figuras de la parte especial del Código Penal y Leyes especiales como lo es la de protección ambiental. Así en el artículo 8 del Código Penal para el Distrito Federal, fracción II, se establece que los delitos pueden ser "no intencionales o de imprudencia", en tanto que el artículo 9, párrafo 2o. la define como: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen". De tal suerte que los delitos

(586) MARCO DEL PONT, Luis, "El Crimen de la Contaminación Ambiental", México, UAM-Azcapotzalco, 1984.

(587) Declaraciones del representante del Movimiento Ecologista del Estado de México, Periódico "El Universal", Sección Estados, México, Distrito Federal, 18 de diciembre de 1991, pág. 3.

descritos en la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente pueden ser intencionales o de imprudencia.

En otro punto, la LGEEPA toma en cuenta la relación ambiental con el problema económico, político y social por lo que su control busca estar apoyado con proyectos nacionales regionales que se planteen desde el punto de vista del conjunto de la sociedad. Todo ello en el marco de una prevención no penal que incluye la protección de áreas naturales, el aprovechamiento racional de los elementos naturales y en el rubro "Protección al Ambiente" se incluyen medidas de prevención y control de la contaminación de la atmósfera, del agua y de los ecosistemas acuáticos, del suelo, de los efectos de las actividades riesgosas, de los materiales y residuos peligrosos, de la energía nuclear y del ruido, vibraciones, energía térmica y lumínica, olores y contaminación visual.

En este marco de finalidades se introduce en la LGEEPA la figura de la Denuncia Popular:

Artículo 189 LGEEPA. "Toda persona podrá denunciar ante la Secretaría, o ante otras autoridades federales o locales según su competencia, todo hecho, acto u omisión de competencia de la Federación, que produzca desequilibrio ecológico o daños al ambiente, contraviniendo las disposiciones de la presente Ley de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico".

Recientemente (D. O. 30-XII-1991) se introdujeron nuevas figuras protectoras del ambiente. Llama la atención que, a pesar de existir una

Ley protectora del medio ambiente, sin embargo, se hayan ubicado en el Código Penal esta clase de figuras que, en todo caso, deberían estar en la misma Ley ambiental.

El contenido es el siguiente:

Artículo 254 bis: "Quienes de manera intencional capturen, dañen gravemente o priven de la vida a mamíferos o quelonios marinos, o recolecten o comercialicen en cualquier forma sus productos sin autorización, en su caso, de la autoridad competente, se les impondrá pena de seis meses a tres años de prisión.

Se impondrá la misma pena señalada en el párrafo anterior, a quienes capturen intencionalmente especies acuáticas declaradas en veda, sin autorización en su caso, de la autoridad competente.

Lo anterior se aplicará sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes".

Sin duda el problema más grave es que se viola el principio "non bis in idem" respecto a hechos que pueden merecer castigo penal y administrativo, cuando el legislador menciona: "lo anterior se aplicará sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes".

En cuanto a la clase de figuras introducidas, se crean de mera conducta y de resultado.

Lo anterior ha sido el marco legal, pero el mayor de los problemas lo constituye la Ciudad de México. Al respecto no hace mucho se leían

declaraciones como la siguiente: "La Ciudad de México es un gran ejemplo para el resto del mundo, porque no es poca cosa cerrar una refinería, limitar la circulación del tránsito e invertir millones de dólares, como lo estamos haciendo ahora, para mejorar la calidad del combustible, expandir el transporte colectivo y reforestar el área" (588).

Ante el grave problema, por Decreto Presidencial, se creó la Comisión para la Prevención y Control de la Contaminación en el Valle de México (589) que permitirá una mayor coordinación gubernamental, más concertación y verificación de resultados con un fondo inicial de 506,000 Millones de pesos. Incluye entre sus medidas que el transporte público y concesionado deje de usar gasolina y diesel y a cambio utilice gas, eliminando así, un tercio de la contaminación en esta ciudad. Al mismo tiempo estableciendo los mecanismos para allegarse los recursos necesarios para la ejecución de los programas de investigación y desarrollo tecnológico. También tendrá la responsabilidad de proponer a las autoridades las acciones para prevenir y controlar contingencias ambientales (590).

Las dependencias que la integrarán son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Programación y Presupuesto, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Secretaría de Desarrollo Urbano y

(588) Declaraciones del Regente de la Ciudad de México, Periódico "El Universal", México, Distrito Federal, 14 de diciembre de 1991.

(589) Publicado en el Diario Oficial de 8 de enero de 1992, Ciudad de México.

(590) Según el artículo 3o. fracc. VI LGEEPA, Contingencia Ambiental es: situación de riesgo derivada de actividades humanas o fenómenos naturales, que puede poner en peligro la integridad de uno o varios ecosistemas.

Ecología, Secretaría de Salud, así como el Departamento del Distrito Federal, el Gobierno del Estado de México y Petróleos Mexicanos, cuyos titulares se encargarán de definir nuevos mecanismos de cooperación entre las dependencias públicas, dado que el crecimiento poblacional y la actividad económica de la zona metropolitana amenaza con seguir incrementando el deterioro de los cuerpos de agua, bosques y suelos productivos, por la generación de una gran cantidad de residuos sólidos con considerables daños a la salud de la población.

La Comisión busca inducir a un desarrollo que garantice un bienestar creciente de la población contando con un Consejo integrado por representantes de la comunidad científica, por especialistas de reconocido prestigio, de los sectores social y privado. Se invitará a las Cámaras de Diputados y Senadores, a la Asamblea de Representantes y a la Legislatura del Estado de México (591).

Con la creación de esta Comisión se busca dar respuestas a las preguntas que se hacen los ciudadanos, sobre si ¿está cumpliendo la industria? o, ¿qué se va a hacer para evitar la corrupción en la verificación vehicular?, ¿cuáles serán los vehículos que se retiren de la circulación? y ¿de qué manera se acelerará la descentralización?

La realidad muestra en la Ciudad de México el grave problema de la sobrepoblación, la concentración de todo tipo de servicios, más vehículos, más industrias, mayor consumo de combustibles. Una realidad que exige

(591) Periódico "El Universal", Ciudad de México, jueves 9 de enero de 1991, Primera Sección, pág. 1.

la concientización de toda la población y que no desea que el fantasma de la corrupción la aniquile, convirtiendo, en el ámbito penal, en descriminalización de hecho, lo que cuesta tanto crear en la criminalización legal.

CONCLUSIONES

1. En un sistema de justicia penal, social y democrático no en una anárquica existencia de normas penales, la prevención penal implica el cumplimiento previo de todas las exigencias sociales, políticas y jurídicas.
2. Las normas penales no son el único instrumento de prevención, sino tan sólo uno de los varios que existen y, por cierto, el más negativo de todos. Por lo que, una vez que el Estado conoce con toda exactitud lo que ocurre en la realidad social debe poner en juego medidas idóneas para combatir los factores que condicionan antisocialidad.
3. Debe revisarse bajo la óptica de la demanda social lo que tenga que prohibirse penalmente o dejar de hacerse. El bien jurídico impone la necesidad de protección penal, justifica la existencia de la norma penal y surge de la propia necesidad social que confiere legitimación a la actividad legislativa para elaborar en ejercicio del ius puniendi y en beneficio de la comunidad la o las normas penales correspondientes.
4. No todo bien jurídico necesita protección punitiva, para eso se requiere considerar el avance histórico-cultural que tiene una sociedad determinada porque el derecho penal sólo puede ser ultima ratio, única vía de democracia y es una tarea de juristas, de representantes del pueblo, de especialistas en ciencias del hombre,

coadyuvar en la elaboración de normas.

5. El Estado debe criminalizar conforme al requisito rector que es la exclusiva protección de bienes jurídicos, entendidos como síntesis normativas de relaciones sociales concretas y enfrentamiento a necesidades reales que la sociedad demande, pues debe tenerse en cuenta que si el Estado Democrático decide incriminar una conducta lo hace porque significa el reconocimiento del fracaso de su política social.
6. El contenido y número de conductas punibles varía en función del tipo de sociedad y cultura y se constituyen como medio de control que delimitan, describen y reprimen formas de conducta y contribuyen a la integración social y a la garantía de la conformidad del comportamiento.
7. El problema central consiste en determinar qué cantidad de penalización es imprescindiblemente necesaria, por su contenido y forma para asegurar los valores jurídicos elementales reconocidos en una sociedad y alcanzar los objetivos legales más allá de los intereses del poder, es decir más desde la óptica del bien jurídico, lo que muestra un continuo cambio valorativo al que se hayan expuestas las decisiones del legislador.
8. Una de las razones para ampliar el campo de las figuras típicas ha sido que, en apariencia y a corto plazo, la criminalización resulta la forma más económica y fácil de tratar -al menos simbólicamente-

los problemas que tienen importancia política en determinado momento. Esto se debe a que el Sistema Penal no cuenta con adecuados enfoques no penales y se piensa que conviene más criminalizar, pues los costos sociales de la descriminalización son altos.

9. Urge legislar penalmente las conductas de los poderosos económicamente y cuidar de su efectiva aplicación y observancia, si no se quiere caer en la injusticia y en el rompimiento del principio de la igualdad ante la ley.
10. Hay una necesidad de criminalizar comportamientos graves que no están criminalizados legalmente, son comportamientos que ocasionan un daño importante a los intereses de la comunidad, y que no están previstos como delitos en el Código Penal, aun cuando se encuentren en leyes especiales y sancionados en forma de multas, suspensión de licencias etc.
11. El principio *nullum crimen sine lege stricta* se cumple cuando hay una precisa determinación en el tipo y esto constituye una garantía: la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona cuyo logro representa para un Estado de Derecho una verdadera exigencia ética.
12. Debe pugnarse por una adecuada actividad legislativa lo que se constituye en un llamado a quienes deciden y llevan a cabo la política de las diversas disciplinas para que no observen desde

arriba, sino se sumerjan en la realidad cotidiana en la que convergen libertades individuales que pugnan por un ideal común: la justicia. Unica vía para mantener el derecho penal bajo control para que la pena no llegue más lejos y para crear normas penales presididas por la seguridad jurídica.

13. Las conductas antisociales con punibilidades bajas deberían ubicarse en una normatividad distinta de la penal. Si el efecto penitenciario es negativo por la secuela que deja en el individuo, entonces es absurdo privar de su libertad a quien no ha realizado una conducta especialmente grave. Esto coadyuvaría a que la administración de justicia y los fines del tratamiento se orientaran a las conductas realmente graves. Lo opuesto son las penas exageradas, la reproducción de la desigualdad social por una ley injusta, sobrepoblación carcelaria, el abandono de lo racional y un paso atrás de una evolución penal.
14. La descriminalización puede llevarse a cabo en la Parte General y en la Parte Especial del Código Penal. Aunque se efectúa en relación a figuras típicas y faltas en concreto, lo cierto es que puede tener una mayor aplicación ya que en la parte general la descriminalización actúa en los principios ordenadores del Código: duración de penas, reincidencia etc., ya que los textos legales que sirven para construir una norma penal, para derogarla o abrogarla, están dados no tanto en la parte especial como en la parte general; la descriminalización puede estar presente no sólo en los delitos

sino en las reglas de contenido general.

15. La reforma del derecho penal ha de incluir la descriminalización de hecho como medida tendiente a adaptar el sistema jurídico a los problemas generados que, junto con medidas económicas, sociales, educativas, culturales y sobre todo legislativas, tengan como finalidad, la reducción de la delincuencia y de la intervención del proceso penal tradicional. De esta forma, se puede dedicar toda la capacidad del procedimiento penal a los delitos que causan una gran inquietud pública.
16. El Derecho Penal es la forma en la que las finalidades político criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica basados en exigencias del presente y del futuro, una Política Criminal basada en la realidad y no sólo en la técnica jurídica que fije su contenido. No es tanto crear un simbólico Código, sino incriminar como delictivas conductas que afectan gravemente a la sociedad. Hacer leyes con tratamientos utópicos, que no se cumplan, equivale a la violación automática de esa ley.
17. La planeación penal ha de partir de una rigurosa evaluación de las necesidades y de los medios en materia de delincuencia, ésta ha de delimitar los comportamientos socialmente perjudiciales, la gravedad de la criminalidad real. La determinación de objetivos a corto, mediano y largo plazo, así como de los costos y medios financieros disponibles, determinará la eficacia de la norma jurídica. Por eso ha de fijarse un procedimiento para el logro de objetivos:

criminalización más o menos intensa y descriminalización total o parcial de determinadas conductas. Finalmente debe insistirse en una política legislativa donde las normas penales se reduzcan al mínimo indispensable y estén en coordinación estrecha con las no penales dentro de un programa de política general.

Con estas consideraciones es posible llegar a la legitimación de la actividad penal estatal como una acción de tutela de los intereses sociales.

18. Es necesario que el legislador al elaborar tipos evite límites inciertos, afectaciones al *nullum crimen sine actio*, tipificaciones en que no se afecten bienes jurídicos, desconocimiento del principio *non bis in idem*; de igual manera es necesario que en la elaboración de punibilidades reconozca la jerarquía de bienes jurídicos, la proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la punibilidad, es decir, la proporcionalidad que ha de estar presente en la magnitud de las penas.
19. Debe eliminarse toda referencia a delitos anteriores, pues no son más que conductas ya juzgadas. La agravación por reincidencia supone castigar más un hecho por otro anterior ya castigado. Así el hecho anterior resulta dos veces castigado, lo que es una violación del *non bis in idem*; lo que supone que, para cada delito una punición que no tenga nada que ver con la anterior. Todo esto afecta el principio de igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena, el principio de proporcionalidad de las penas, el principio de

acto o de conducta, principio de tipicidad, el de culpabilidad por el hecho, la *presunción de inocencia* y el *principio de mínima intervención*.

20. No debe privarse a un sujeto de su libertad más allá de lo que exige su culpabilidad por el hecho cometido y no debe perderse de vista que cuando el sujeto recupere su libertad, necesariamente estará vinculado a una sociedad compleja que puede influir en su reiteración al delito: paro obrero, agitación callejera, huelgas... Una sociedad con un Estado que coloca la represión penal en primer lugar y como su *primer error*. La *descriminalización legal de la reincidencia* como agravante es una solución ante una fuerte incriminación penal que no supone necesariamente disminución de índices de criminalidad y que no es legítima por ser rigurosa e impuesta sin necesidad.
21. El contenido de la pena o de la reacción estatal que se aplique al reincidente ha de suscribirse en el marco de una política criminal que se mueva dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho y que, sobre la base de la libre determinación, desarrolle en el sujeto que ha insistido en hacer daño, su voluntad y su capacidad, por medio de ayudas psiquiátricas, psicológicas, pedagógicas y sociales, para que en el futuro lleve una vida libre de conminaciones penales a pesar del costo que esto implique, y dentro de los límites temporales proporcionados a la magnitud del nuevo hecho cometido: principio legitimador de la pena y de la

medida de seguridad.

22. La reincidencia es el resultado de un mal manejo del principio de subsidiariedad del Derecho Penal y de la no aplicación del principio de culpabilidad, que existe en buena medida porque los antecedentes penales existen, que propicia el control policiaco y que coadyuva a prolongar una situación delictiva.
23. Es innegable que en la tentativa inidónea falta la necesidad de pena. En un Estado Social y democrático de derecho las normas penales y su concreción se basan en la tutela de bienes de interés social que existen realmente legitimando la actividad jurídico penal. Sin embargo, se considera como posible una medida de seguridad sólo para los supuestos de tentativa inidónea contra la vida o la salud personal, en cuyo caso será en internamiento o en libertad, con un contenido laboral, educativo o curativo y con una duración que no exceda de un tercio de la pena que correspondería al delito. Pero exclusivamente para los supuestos señalados, fuera de ellos la solución es, ni pena ni medida de seguridad.
24. La discusión relativa a la protección del medio ambiente implica consecuencias económicas considerables ya que la eliminación de efectos nocivos para la naturaleza requiere instalaciones adicionales, que exigen importantes inversiones.
25. En materia penal ambiental es muy común que el Derecho Penal opere en este ámbito con un estricto carácter secundario, es decir

- penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno, lo que no es obstáculo para que también rijan el principio de intervención penal mínima.
26. Es prácticamente unánime el punto de vista según el cual los supuestos de hecho típicos del derecho penal del ambiente deben adoptar la forma de tipos de peligro, obviándose así plantear el problema de la causalidad de los comportamientos, lo que en la práctica se torna altamente complicado. Estas dificultades se presentarían como es lógico, en el marco de la prueba y conducirían en muchas ocasiones a injustificadas absoluciones por imperio del principio *in dubio pro reo*.
27. Entre los criterios legislativos en la protección del ambiente ocupa la delimitación del mismo el lugar más importante (atmósfera, aguas, espacios naturales, zonas protegidas, suelo, fauna, flora, elementos contaminantes). A partir de ésta, el objetivo del poder público ha de ser el control de la explotación de los recursos naturales y la evitación de acciones contaminantes más allá de lo tolerable.
28. La técnica legislativa adecuada es aquella en que el tipo básico sea de peligro, por seguridad y eficacia la implementación del tipo penal en blanco, la elaboración de tipos culposos junto con los dolosos, la omisión, la responsabilidad penal de la persona jurídica y del funcionario público.

29. Lo decisivo en la elaboración de tipos legales protectores del ambiente es una auténtica voluntad de aplicación de los mismos. Los tipos legales que se creen deben considerar la protección del ambiente de manera directa y fundamental pero sin olvidar que el derecho penal es ultima ratio.
30. La instrumentalización de la protección penal del ambiente sólo es posible en una adecuada política ambiental. El punto de partida lo es la perfecta coordinación entre los ordenamientos penal y administrativo. Una administración ambiental en que leyes y reglamentos estén dentro de una planificación del Poder Público.

BIBLIOGRAFIA

1. ABAD PEREZ, José Javier, Las administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente, en Jornadas sobre el Medio Ambiente, Consejo General del Poder Judicial, No. Especial IV, Madrid, España, 1988.
2. ANIYAR DE CASTRO, Lola, Criminología de la Reacción Social, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977.
3. ANIYAR DE CASTRO, Lola, Sistema Penal y Sistema Social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso, Cuadernos de Política Criminal, No. 14, Madrid, 1981.
4. BACIGALUPO, Enrique, "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", Estudios Penales y Criminológicos V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982.
5. BARATTA, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Trad. Álvaro Búnster, México, Ed. Siglo Veintiuno, 1986.
6. BARBERO SANTOS, Marino, Marginación Social y Derecho Represivo, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1980.
7. BERGALLI, Roberto, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, Barcelona, SERTESA, 1980.
8. BERGALLI, Roberto, "La instancia Judicial" en El Pensamiento Criminológico II, Barcelona, Ediciones Península, 1983.
9. BERISTAIN, Antonio, Crisis del derecho represivo. Orientaciones de organismos nacionales e internacionales, Cuadernos para el diálogo, Madrid, Editorial Ediclus, 1977.
10. BERNAT DE CELIS, Jacqueline, En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 11, Madrid, junio de 1986.

11. BUENO ARUS, Francisco, Los aspectos criminógenos de la ley penal, Revista Jurídica La Ley, Madrid, EDILEX, No. 1, 1984.
12. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
13. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Barcelona, Ed. Ariel, 1984.
14. BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALLAREE, Hernán, Pena y Estado, PAPERS, No. 13, Sociedad y Delito, España, 1980.
15. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Porrúa, México, 1982.
16. CANTARERO BANDRES, ROCIO, "El delito ecológico: análisis del actual tipo legal y sus antecedentes", en El Delito Ecológico, Trotta, Madrid, 1992.
17. CABRERA, Lucio, El derecho de protección al ambiente en México, UNAM, México, 1981.
18. CASTELLANOS, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Porrúa, México, 1984.
19. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, "Garantías constitucionales del derecho sancionador" en Comentarios a la legislación penal, Tomo I, Madrid, 1982.
20. CHIOSSONE, Tulio, Delitos contra la naturaleza y el ambiente. Delitos ecológicos en Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.
21. DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, PUNICION, CULPABILIDAD Y REINCIDENCIA, Rev. Mexicana JUSTICIA, No. 2, vol. III, abril-junio, 1983, PGR, PGJDF, INACIPE, México, 1983.
22. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José. "Protección penal de la ordenación del territorio y del Ambiente", Documentación Jurídica, Nos. 37-40, vol. 2, enero-diciembre de 1983, Madrid.

23. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, "La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", C.P. C. U. Complutense de Madrid, No. 18, Madrid, España.
24. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, "Política Criminal" en El Pensamiento Criminológico II, Barcelona, Ed. Península, 1983.
25. DE VEGA RUIZ, José Augusto, El delito ecológico, Madrid, Editorial COLEX, 1991.
26. DELMAS MARTY, Mireille, Modelos Actuales de Política Criminal, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
27. FELLINI GANDULFO, Zulita, "PERSPECTIVAS JURIDICAS Y CRIMINALES DE LA DELINCUENCIA ECONOMICA", Rev. A, No. 14, vol VI, enero-abril, 1985, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1985.
28. FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Nacimiento de la prisión, Siglo XXI, México, 1983.
29. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Problemas Actuales de la Criminología, Inst. de Criminología, U. Complutense, Madrid, 1984.
30. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La normalidad del delito y el delincuente", Rev. Fac. Derecho, U. Complutense, No. 11, 1986.
31. GARZON REAL, Baltazar, MANJON - CABEZA OLMEDA, Araceli, "Reincidencia y Constitución", en Actualidad Penal, No. 1, 31 de diciembre de 1990-6 de enero de 1991, Madrid, España.
32. GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie A, Fuentes B), Textos y Estudios Legislativos, No. 36, 1983.
33. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

34. GONZALEZ CUELLAR GARCIA, Antonio, "La Reincidencia", Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Privado, Tomo V, vol 2o. Madrid, EDESA, 1985.
35. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Comentado, México, Editorial Porrúa, 1982.
36. GROSSO GALVAN, Manuel, Los Antecedentes Penales: rehabilitación y Control Social, Barcelona, Bosch, 1983.
37. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.
38. HIRSCH, Hans Joachim, Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial, en particular desde la perspectiva del Derecho Penal de la República Federal de Alemania, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, No. 11, Madrid, 1986.
39. HORMAZABAL MALAREE, Hernán, Política Penal en el Estado Democrático, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Tomo XXXVII, fasc. I, enero-abril, 1984.
40. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis Lógico de los delitos contra la vida, 3a. ed., México, Editorial Trillas, 1991.
41. JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Vols. I y II, Barcelona, Ed. Bosch, 1981.
42. JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1980.
43. JARAMILLO, Víctor, "La problemática del cambio climático global", en la Ecología al final del milenio, UNAM, México, junio de 1992.
44. KAISER, Günter, Introducción a la Criminología, Trd. José Arturo Núñez, Madrid, Ed. Dykinson, 1988.

45. LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, La Justicia Penal y la Política Criminológica en España. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.
46. LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, Criminología, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
47. LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", en Cuadernos de Política Criminal, No. 19, Madrid, EDESA, 1983.
48. MARCO DEL PONT, Luis, "El Crimen de la Contaminación Ambiental", México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 1984.
49. MARTIN MATEO, Ramón, El Ambiente como objeto del Derecho. Derecho y Medio Ambiente, Madrid, CEOTMA, 1981.
50. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, El Principio de Intervención Penal Mínima, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XL, fasc. I, Madrid, enero-abril, 1987.
51. MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Antonio, Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente, Madrid, Editorial COLEX, 1992.
52. MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, vol I, Tr. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.
53. MIR PUIG, Carlos, El Sistema de Penas y su medición en la Reforma Penal, Barcelona, Bosch Casa editorial, 1983.
54. MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1976.
55. MIR PUIG, Santiago, "La Reincidencia en el Código Penal", Barcelona, Ed. Bosch, 1974.
56. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1985.

57. MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Ed. Bosch, 1979.
58. MIRALLES, Teresa, "El Control Informal", El Pensamiento Criminológico II, Barcelona, Ediciones Península, 1983.
59. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985.
60. MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal _____, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.
61. MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, 2a. ed. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.
62. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La Resocialización del delincuente. Análisis y Crítica de un mito", en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología, No. 7, Madrid, 1979.
63. MUÑAGORRI, Ignacio, Sanción Penal y Política Criminal, Biblioteca Jurídica de Autores españoles y extranjeros, Ed. Reus, Madrid, 1977.
64. PEREZ LUÑO, Antonio, Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Edit. Tecnos, 1984.
65. PERIS RIERA, Jaime Miguel, Proceso despenalizador, Universidad de Valencia, 1983.
66. PERIS RIERA, Jaime Miguel, Delitos contra el medio ambiente, Universidad de Valencia, 1984.
67. PUMPIDO TOURON, Cándido Conde, El Delito Ecológico, "Introducción al delito ecológico", Ed. Trotta, S.A., Madrid, 1992, pág. 34.
68. QUERALT, Joan De algunas bases del Derecho Penal Español, Anuario de Derecho Penal, Tomo 38, fasc. III, septiembre-diciembre, Madrid, 1985.

69. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Represión Penal y Estado de Derecho, Barcelona, Ed. Diros, 1976.
70. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Introducción al Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Ed. Barcanova, 1981.
71. RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio, Fuentes Reales de las Normas Penales, Revista Mexicana de Justicia, No. 1, vol 1, ~~enero-marzo de 1983~~, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1983.
72. RICO, José María, Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea, 2a. edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982.
73. RODRIGUEZ DEVESA, J. M. Derecho Penal Español. Parte General, Madrid, Gráficas Carasa, 1981.
74. RODRIGUEZ DEVESA, J. M., Cuadernos de Política Criminal, No. 27, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, EDESA, 1985.
75. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Penología. Reacción Social y Reacción Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1983.
76. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal. Parte General, Madrid, Ed. Civitas, 1977.
77. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Compendio de Derecho Penal, Madrid, Ed. Trivium, 1984.
78. RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de normas penales, Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. 1, ~~enero-marzo de 1983~~, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1983.
79. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Temas de Derecho Penal, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1977.

80. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Alternativas a la protección penal del medio ambiente en Cuadernos de Política Criminal, No. 19, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense, EDESA, Madrid, 1983.
81. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España, Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, España, 1984.
82. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Delitos contra el ambiente", La Reforma del Código Penal. Comentarios a la Legislación penal Revista de Derecho Privado, Tomo V, vol 2, Madrid, EDESA, 1985.
83. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Comentario al art. 347 Bis" en López Barja de Quiroga-Rodríguez Ramos (dir), Código Penal Comentado, Madrid, Editorial AKAL, 1990.
84. RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Protección Penal del Ambiente. Comentarios a la legislación penal, Revista de Derecho Público, Tomo I, Madrid, EDESA, 1982.
85. ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1972.
86. ROXIN, Claus, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Trad. Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, España, 1981.
87. ROXIN, Claus, Problemas Básicos de Derecho Penal, Madrid, Reus, 1976.
88. RUIZ VADILLO, Enrique, "Descriminalización y despenalización. Reforma Penal y descriminalización", Reformas penales en el mundo de hoy, Edición de Antonio Beristáin, Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1984.
89. SAINZ CANTERO, José, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Barcelona, Ed. Bosch, 1981.

90. STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General I, Trad. de la 2a. edición alemana de 1976 por Gladys Romero, Madrid, EDERSA, 1982.
91. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Constitución y Ley Penal", Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 11, Madrid, junio de 1986.
92. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El ilícito ecológico, sanción penal, sanción administrativa" en el Delito Ecológico. Ed. TROTTA, Madrid, 1992.
93. VERCHER NOGUERA, Antonio, Comentarios al delito ecológico, Ministerio de Justicia, 1986, Madrid, España.
94. VILLAGOMEZ, Alfonso, "El Delito Ecológico", La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Madrid, EDILEX, S.A., 1984.
95. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte General, 11a. Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1976.
96. WERNER, Ruther, "Génesis de la Norma Penal para la protección penal al medio ambiente", Cuadernos de Política Criminal, No. 25. Instituto Universitario de Criminología, Madrid, EDERSA, 1985.
97. WESSELS, Johannes, Derecho Penal. Parte General, Tr. Conrado Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980.
98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina, Rev. Mex. de Justicia, No. 2, vol. IV, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, abril-junio de 1986.
99. ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, EDERSA, Madrid, 1979.

DOCUMENTOS

CONSEJO DE EUROPA. DECRIMINALIZACION. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad. Tr. Ciafardini Mariano Alberto y Bondanza, Mirta Lilián, Argentina. Ed. EDIAR, 1987.

PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NUEVO CODIGO PENAL DE 1983, 3a. ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL. Actualidad Penal. Legislación. Actualidad Editorial, S.A. No. 4, Monografía, 1992.

LEGISLACION

Constitución Española. Madrid. Leyes Trivium, 1991.
Código Penal Español, Madrid, Ed. Cóllex, 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1991.

Código Penal para el Distrito Federal, México, Porrúa, 1991.

Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en la Ciudad de México el lunes 30 de diciembre de 1991.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, México, Porrúa, 1991.

Códigos Penales de los Estados de la República Mexicana: Coahuila, Chiapas, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo.

Código Penal. Legislación Brasileña, Organización de los textos, notas e índices por Juarez de Oliveira, 27a. ed., São Paulo, Editora SARAIVA, 1989.

JURISPRUDENCIA

ACTUALIDAD PENAL. Revista Técnico Jurídica de Derecho Penal, Madrid, Editora General de Derecho, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992. Números consultados.

HEMEROTECA

Periódico El Universal, México, Distrito Federal, de fechas: 14 y 18 de diciembre de 1991; 8 y 9 de enero de 1992; 10 y 22 de abril de 1992; 4, 6 y 7 de junio de 1992.